

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE

FONDS DE COMMERCE

SA NATURE JURIDIQUE — SES ÉLÉMENTS
LES CONTRATS PRINCIPAUX DONT IL EST L'OBJET

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

PIERRE CHARLES SIMON

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1898

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE
FONDS DE COMMERCE

SA NATURE JURIDIQUE — SES ÉLÉMENTS
LES CONTRATS PRINCIPAUX DONT IL EST L'OBJET

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI - APRÈS

Sera soutenu le samedi 24 décembre 1898, à 10 heures.

PAR

PIERRE CHARLES SIMON

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Président : M. MASSIGLI, professeur.

*Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, } professeurs.
 { THALLER, }*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1898



FONDS DE COMMERCE

DE NATURE IMMOBILIÈRE — DES ÉLÉMENTS
DES CONTRATS PRINCIPAUX QUI LE CONSTITUENT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET DÉFENDUE PAR M. LÉON LAFITTE

LE 15 JANVIER 1900, À 10 HEURES, À LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS, EN PRÉSENCE DE M. LE DOCTEUR EN DROIT, M. L. LAFITTE, ET DE M. LE DOCTEUR EN DROIT, M. L. LAFITTE.

PARIS — LIBRAIRIE DE LA FACULTÉ DE DROIT

10, RUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

10, RUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

10, RUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

10, RUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

10, RUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

10, RUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

PARIS

10, RUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

10, RUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

10, RUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

10, RUE DE LA FACULTÉ DE DROIT

A MON PÈRE

Tu as été pour moi le plus précieux — et le plus affectueux — des collaborateurs ; l'idée de ce livre, est tienne. Il est né des entretiens où nous discussions ensemble les problèmes rencontrés par toi chaque jour dans la vie des affaires.

En te dédiant ce travail je ne fais guère que te rendre ce que tu m'as donné : c'est un devoir pieux qu'il m'est doux de remplir.

C. S.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552227_0071

LE FONDS DE COMMERCE

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION HISTORIQUE

Le mot « fonds de commerce » représente, dans les idées juridiques actuelles, un certain ensemble de droits unis par un lien commun. Un commerçant a loué un local, ou bien, il a acheté un immeuble, il s'y est installé, y a exercé pendant quelque temps son industrie ou sa profession, y a produit ou trafiqué ; sa marque, son enseigne, ou tout au moins son nom, ont acquis une notoriété appréciable ; il s'est fait une clientèle, il peut compter sur un chiffre d'affaires régulier et stable : tous ces droits, tous ces avantages sont groupés dans l'usage sous le nom de « Fonds de commerce ». Le commerçant dit volontiers : « Mon fonds de commerce a telle valeur. » Il fait ainsi allusion à la valeur unique et globale qu'il pourrait réaliser en cédant à un tiers cet ensemble de

droits qui constitue, dans son patrimoine général, une universalité particulière qu'on pourrait appeler son « patrimoine commercial ».

Cette conception est si rationnelle, — si nécessaire, — qu'il semblerait, au premier abord, que le fonds de commerce ait dû être ainsi considéré dès l'apparition du commerce sédentaire ; et cependant l'acception où le terme « fonds de commerce » vient d'être pris par nous, est relativement récente.

C'est seulement dans le courant de notre siècle que le fonds de commerce a été envisagé comme un objet de spéculation possible ayant une valeur propre, distincte de celle des éléments qui le composent, et supérieure à leur somme arithmétique, valeur qu'on s'est habitué à réaliser directement par une vente ou cession globale.

Le fonds de commerce a pris ainsi une valeur de circulation et de crédit qu'on ne lui avait pas anciennement reconnue ; les praticiens et les jurisconsultes ont été, par suite, amenés à rechercher ses éléments constitutifs, à déterminer sa nature intime, à étudier le mécanisme spécial des contrats dont il devenait l'objet usuel : ce programme sera également le nôtre.

Au moment où le fonds de commerce attire l'attention du législateur, au moment où l'on cherche à lui donner la réglementation qu'appelle sa nature spéciale, il paraît bon de fixer en une étude purement juridique les caractères propres de ce bien. Mais il faut d'abord, et dans un intérêt de méthode, indiquer, au moins brève-

ment les idées reçues dans l'ancien droit sur la nature du fonds de commerce, avec l'explication économique et historique qu'elles peuvent recevoir.

L'un des premiers monuments d'ensemble de notre droit commercial paraît avoir été, au XIII^e siècle, la rédaction du *Livre des métiers de Paris*, rédaction qui fut l'œuvre des métiers eux-mêmes, et sur laquelle Étienne Boileau, prévôt de Paris, eut un pouvoir remarquable d'impulsion et de direction (1).

La réglementation édictée par Étienne Boileau s'applique moins à des commerçants qu'à des artisans : le mot « fonds de commerce » serait bien ambitieux pour désigner l'humble boutique où, moyennant un maigre bénéfice, l'homme du XIII^e siècle exerce son industrie : le mot « commerce » implique une idée de spéculation et de risques que rien ne révèle, et que, bien au contraire, tout exclut, dans les détails d'organisation des métiers : le capital unique, ou peu s'en faut, c'est, outre la matière première, le travail du patron qui fabrique lui-même, assisté d'un nombre limité d'ouvriers et d'apprentis. Ses marchandises, ses matières premières se renouvellent par petites quantités, à intervalles rapprochés, suivant ses besoins journaliers ; les procédés industriels et commerciaux sont les mêmes pour tous, les innovations, les découvertes personnelles sont prohibées, la situation de tous les membres d'un corps de métier devient par cela

(1) Depping, *Le livre des métiers*, avec une savante introduction.

même sensiblement égale ; par ailleurs aucun avantage particulier ne peut résulter de la situation du fonds, tous les commerçants similaires étant tenus de s'établir dans le même quartier : si bien qu'il est juste de dire, au temps de saint Louis, qu'une boutique en vaut une autre, de même qu'un commerçant en vaut une autre, « pourvu qu'il sache le métier et ait de quoi » (1). La prospérité particulière d'un individu ne peut venir que d'aptitudes personnelles, intransmissibles, et qui doivent d'ailleurs s'exercer dans les limites infranchissables des statuts corporatifs.

Sous un régime d'aussi étroite égalité, d'aussi sévère réglementation, le fonds de commerce n'a pas de valeur particulière : il meurt avec son propriétaire. Cependant l'un, au moins, de ses éléments dut faire, d'assez bonne heure, l'objet de transmissions fréquentes ; mais, pour comprendre ce point, une observation générale est tout d'abord nécessaire.

Un trait caractéristique, et qui deviendra général à la fin de notre ancien droit, c'est que la faculté de commercer n'y est point de droit libre et naturel : le droit au travail s'est inféodé, il est devenu l'apanage du haut justicier qui le vend et en tire profit (2) : il le vend par lui-même ou par ses vassaux, à son profit ou au leur, et,

(1) Levasseur, *Histoire des classes ouvrières*, p. 260.

(2) Depping, *op. cit.*; Levasseur, *Histoire des classes ouvrières*, *passim.*, et notamment, p. 202 et s.; Esmein, *Cours d'Histoire du Droit Français*, p. 660 et s.

bien avant que le « fonds de commerce » ne soit devenu un objet de transactions fréquentes, le « droit de commercer » se vend et se transfère, non au bénéfice du commerçant, mais à celui du baron. « Tel métier n'est point libre, mais il le faut acheter du roi » disent et répètent les statuts codifiés par Étienne Boileau. Le droit au commerce se présente ainsi comme un privilège qu'il fallait acquérir à prix d'argent. Par une décomposition juridique analogue à celle qui affectait la propriété féodale, le travail commercial était l'objet d'un double « domaine », d'un double droit : le *domaine éminent*, appartenant au seigneur, et lui rapportant de multiples droits fiscaux, le *domaine utile* exercé par l'artisan ou le commerçant et lui rapportant des bénéfices.

Le droit au travail assimilé ainsi, en quelque façon, à la *tenure* ne suivit pas cependant l'évolution générale de la propriété féodale. A la différence de la tenure, la *lettre de maîtrise* ne devint pas, en général, cessible ; elle demeura personnelle, disparaissant avec son bénéficiaire ; il n'en fut autrement que pour les métiers, d'ailleurs nombreux, qui furent, dans un intérêt fiscal et pour parer à un pressant besoin d'argent, vendus par le Trésor à titre définitif, entretenus par le payement de la Paulette, et *érigés en titre d'office*. Quand, au dernier siècle de la monarchie absolue, l'organisation du commerce a reçu une forme définitive selon l'esprit d'autoritarisme à outrance qui animait alors la royauté, le droit au commerce est toujours tenu, directement ou indirectement, du roi sous la forme

de « concessions, brevets, monopoles, ou lettres de maîtrise. »

Ces concessions ou ces lettres étaient l'élément sinon fondamental au point de vue juridique, du moins indispensable au regard de l'Administration, du fonds de commerce ou d'industrie. C'était là un droit précieux, participant de la nature des tenures féodales, généralement réputé immeuble, et traité comme tel, assimilé à ce point de vue aux « offices (1) ». Mais ce qu'on traitait ainsi avec une considération particulière, c'était le *titre nu*, le droit idéal et incorporel de faire le commerce ; et ce droit, sans lequel le fonds de commerce n'eût pu exister, en était cependant distinct : il pouvait faire, du moins pour les maîtrises érigées en offices, l'objet d'une cession directe et antérieure à toute exploitation, il pouvait faire aussi l'objet d'une sous-inféodation équivalent à cession.

L'histoire des Métiers de Paris nous a conservé l'anecdote amusante des bouchers de la Grande Boucherie qui seuls pouvaient étaler autour de l'église Saint-Jacques ; mais tous avaient loué l'exercice de leur droit à des « bouchers d'étal » qui seuls exerçaient effectivement la profession. Vainement un arrêt du Parlement voulut priver les bouchers-fainéants de leur privilège, ils finirent par obtenir gain de cause et conservèrent leur monopole, continuant à vivre largement des redevances payées par les bouchers

(1) Cf. Pothier. Edition Bugnet, I, p. 48 ; IV, p. 99 ; VII, p. 90 ; X, p. 307-310.

d'étal, et ne se souvenant eux-mêmes de leur profession que pour en toucher la rente.

Le patrimoine d'un commerçant du xviii^e siècle comprenait, bien certainement, outre le droit au privilège que nous venons d'indiquer, tous les éléments qui, aujourd'hui, constituent le patrimoine commercial du trafiquant ou de l'industriel. Mais on n'avait pas senti le besoin d'isoler ce patrimoine commercial, d'analyser son contenu et de lui donner un nom particulier : cela n'eût été nécessaire que si le fonds de commerce eût fait, comme tel, l'objet d'opérations juridiques fréquentes et normales, s'il eût été généralement cessible dans son intégralité. Ce caractère de cessibilité ne paraît avoir existé, que pour la lettre de maîtrise des métiers érigés en office. Et encore est-il qu'aux derniers siècles il y avait tant de lettres de maîtrise sans titulaire, tant d'offices créés par le roi dans un but purement fiscal, que de pareils titres s'achetaient plus souvent et à meilleur compte, du Trésor que des particuliers (1).

De plus les raisons qui, au temps de saint Louis, assuraient à tous les fonds où s'exerçait le même commerce, une valeur sensiblement égale, ces raisons persistaient encore sous Louis XIV. La clientèle appartenait moins aux commerçants qu'à la « corporation » ; le client devait, en théorie, trouver chez tous les membres de la corporation des marchandises de même aloi et de même fabrication,

(1) Lèbre, *Traité des fonds de Commerce*, introduction historique ;
Levasseur, *op. cit.*, *passim*.

vendues sous la garantie uniforme d'un règlement pointilleux, sous la surveillance jalouse des *jurats*.

Sans doute, en un certain sens, le fonds valait ce que valait l'exploitant, et, même dans la sphère restreinte laissée à l'initiative individuelle, il y avait place suffisante pour que les qualités personnelles du commerçant, son habileté, son aménité, sa probité, lui assurassent une clientèle fidèle. Mais ces avantages ne pouvaient être cédés, du jour au lendemain, par un acte purement juridique, à un cessionnaire quelconque. Pour que cette cession produisît un effet utile, il fallait, dans les idées du temps, que l'acquéreur pût être considéré par tous comme le successeur des traditions et de la personnalité commerciale du cédant, il fallait qu'ils eussent travaillé ensemble dans la même boutique, qu'il y eût eu une longue présentation du successeur à la clientèle du cédant, et que celui-ci se fût employé à faire accepter son successeur par ses clients habituels.

Le jeune négociant s'appropriait ainsi petit à petit la clientèle ancienne, et quand son partenaire se retirait, lui-même avait fini par substituer à l'ancienne maison une maison nouvelle et qui portait son nom. Si la fondation et le développement de cette maison lui avaient été facilités, elles n'en restaient pas moins son œuvre personnelle, et l'ancien droit ignorait l'opération juridique, directe, immédiate, radicale, par laquelle, du jour au lendemain, un fonds de commerce est aujourd'hui cédé à un nouveau propriétaire.

Ces mœurs sont clairement marquées par Savary, dans

son *Parfait Négociant*. Le plan du livre est ingénieux : Savary prend le futur négociant au sortir de l'école et le conduit jusqu'au moment où il répute accomplie son éducation commerciale. Sorti de l'apprentissage, puis de l'emploi de commis, le jeune négociant cherche à s'établir pour son compte : deux hypothèses, sans plus, sont envisagées par Savary. D'abord l'association avec un négociant âgé, désireux de passer la main à bref délai à un successeur plus jeune et plus actif (1) ; c'est à ce procédé, que Savary donne la préférence ; rien n'est moins semblable à la cession moderne d'un fonds de commerce. C'est ensuite, mais en seconde ligne seulement, l'achat d'un « fonds de boutique », c'est-à-dire des marchandises garnissant la boutique du marchand qui se retire ; le terme n'a pas d'autre sens sous la plume de Savary, et le procédé est d'ailleurs décrit sous la rubrique très précise : « conseils aux jeunes marchands pour l'achat des marchandises en détail (2) ».

Sans doute, le jeune négociant bénéficiera de la bonne réputation attachée aux lieux mêmes où il vient exercer son commerce, il profitera « du bon renom acquis à sa boutique par ceux qui l'ont occupée pour y avoir toujours eu de belle et bonne marchandise, à bon marché (3) ». Mais c'est un avantage qu'on ne lui fait pas payer un prix distinct et spécial : il y succède par la force des choses, et

(1) Savary, *Parfait Négociant*, tome I, p. 288 et 328.

(2) Savary, *op. cit.*, à ce chapitre.

(3) *Op. cit.*, t. I, p. 132.

sous les seules obligations de son acte d'association ; ce qu'on lui vend, c'est l'agencement et le matériel, et non pas la clientèle ; il n'a pas besoin de l'acquérir puisqu'au jour où il reste seul il l'a faite sienne depuis longtemps.

Ce procédé, préconisé par Savary et suivi de préférence par la pratique, empêchait qu'on eût jamais à se demander ce que comprenait le fonds de commerce, ce qu'il était : sa transmission était assurée à un individu qui déjà l'avait fait sien par une longue co-exploitation avec l'ancien propriétaire. Insensiblement dans le logis ancien un nouvel hôte s'était approprié les convenances et les profits : le fonds de commerce évoluait sous une direction nouvelle sans à-coup ni transmission brusque. C'était là une opération lente, mais précise, infaillible, sans l'aléa inhérent aux cessions modernes de clientèle. Mais la transmission directe et rapide du fonds qui eût obligé à se demander ce qui était acheté, ce qui était vendu, l'ancien droit ne l'a pas connue.

Cette constatation pour négative qu'elle soit, résume cependant ce qu'on peut dire de plus précis sur l'histoire des fonds de commerce dans l'ancien droit. Le fait constaté nous paraît trouver son explication dans la remarque suivante : la clientèle, élément aujourd'hui primordial, sinon essentiel du fonds de commerce, est une valeur aléatoire, variable à l'infini. Le droit ancien, précisément à raison de ces caractères, répugnait à y voir la matière d'un contrat stable et honnête. C'est là une idée qui nous expliquera à plusieurs reprises, au cours de notre étude,

bien des solutions divergentes, aujourd'hui encore défendues au nom de principes et de conceptions dont la valeur est, certes, contestable, mais dont l'origine nous est maintenant connue.

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce, dans la pratique des affaires et dans la langue commerciale, constitue un bien déterminé, formé d'éléments divers qu'unifie le but en vue duquel ils sont mis en œuvre, et le concours nécessaire qu'ils se prêtent les uns aux autres pour la conquête du « bénéfice commercial ». Le fonds de commerce, et c'est là un fait économique incontestable, le fonds de commerce existe autrement que comme un amalgame des droits divers qui le composent ; au dessus de ses éléments hétérogènes règne une loi d'unité. De même qu'un être vivant composé de cellules différenciées et d'organes divers, présente une vie générale et supérieure, distincte de la vie des êtres inférieurs qui le composent, de même l'organisme juridique qui nous occupe renferme à titre nécessaire, ou facultatif, un certain nombre de droits groupés pour une vie commune. Par le fait même de ce groupement, ces organes

secondaires perdent leur individualité, et l'union de tous ces droits donne naissance à un bien, et par suite à une propriété nouvelle : le fonds de commerce.

Cette existence propre du fonds de commerce, à part des éléments qui le composent, était déjà anciennement admise par Bartole et les glossateurs ; elle était même consacrée par le droit romain de l'empire : « Taberna dicitur jus « universale et de ratione, » disaient les premiers (1). « Universitas mercaturæ, nomen universitatis, sicut grex pecu- « dum, et idcirco, licet merces mutantur, tamen videtur « eadem esse taberna, et ista universitas videtur durare « eadem » commentait Bartole sur la loi 34 *de Pignori- bus et hypothecis*.

Cette unité du fonds de commerce a été consacrée récemment par la loi écrite : d'abord par la loi du 28 février 1872 sur l'enregistrement des ventes de fonds ; ensuite par celle du 30 avril 1886 sur l'usurpation des médailles et récompenses industrielles, enfin, et surtout, par la loi du 1^{er} mars 1898 sur le nantissement des fonds de commerce.

La première de ces lois reconnaît l'unité du fonds de commerce, puisque, exception faite des marchandises neuves garnissant les lieux, elle frappe d'un droit unique la mutation de propriété des divers et variables éléments composant le fonds (art. 7). La seconde loi citée permet à tous

(1) Cité par Troplong, *Cours de droit Français*, passim aux chapitres de l'Usufruit et de la Composition de la communauté.

représentants d'une « maison de commerce » de se prévaloir des récompenses industrielles conquises par cette maison ; elle reconnaît ainsi au fonds de commerce une existence propre, elle le considère comme une propriété transmissible en vertu d'une cession générale, compréhensive de tous les droits, même purement honorifiques qu'il renferme ; enfin la loi du 1^{er} mars 1898, en organisant des formalités spéciales pour le nantissement du « fonds de commerce », formalités distinctes de celles requises pour la mise en gage des différents droits qui le composent, reconnaît par cela même l'existence du fonds de commerce à part des droits divers qu'il renferme.

Mais quel est donc le caractère juridique de cette propriété ? Et d'abord, le fonds de commerce est-il meuble ou immeuble ? Question scolastique, mais dont la solution présente de multiples, d'évidents intérêts.

A la suite du droit romain, le droit français classe tous les biens sous deux rubriques : meubles et immeubles. Le caractère étroit et artificiel de cette classification a été maintes fois mis en lumière : ces défauts seraient secondaires, s'il n'y avait là qu'une question d'école et de droit pur ; mais la loi ayant consacré de profondes différences entre les deux classes de biens qu'elle établissait, il y a des intérêts pratiques primordiaux à savoir si le fonds de commerce est meuble ou immeuble. C'est ainsi que l'*hypothèque*, c'est-à-dire l'instrument supérieur de crédit, n'existe que dans la matière du crédit immobilier ; de même, et à la différence des meubles, les immeubles sont

exclus de la communauté légale (1). Écho persistant de la maxime ancienne *res mobilis, res vilis*, la distinction des meubles et des immeubles domine toute la théorie des biens : appliquons-la donc à notre matière.

La question s'était posée dans l'ancien droit, sinon pour le fonds de commerce en général, au moins pour les commerces érigés en office (2), (tels que ceux des barbiers per-ruquiers) ; « *office vénal est réputé immeuble* » disaient nos Anciennes coutumes de Paris et d'Orléans (3). Ceci n'avait été d'abord qu'une fiction limitée dans ses conséquences, et les coutumes qui portaient cette règle reconnaissaient cependant que le prix de l'office, en cas de saisie ou « décret », se distribuait, comme le prix des meubles, au sol la livre, et non par ordre d'hypothèque, comme celui des immeubles.

Cette restriction devait disparaître, et un édit de mars 1683 vint décider que les offices vénaux, donc aussi les commerces érigés en offices, seraient « *immeubles quant à tous effets* » et ordonner que le prix *s'en distribuerait par ordre d'hypothèques comme celui des immeubles*. Notons d'ailleurs que cela n'était rigoureusement vrai que du prix de l'office lui-même, et non de la *pratique*. La *pratique*, selon Pothier, c'est l'ensemble des dettes actives dues au titulaire au moment de la cession, créances qui passent au

(1) Voyez pour les autres intérêts de la distinction, B. Lacantinerie, *Précis de droit civil*, I, p. 730.

(2) V. *supra*, int. historique, p. 5.

(3) Art. 95, *Cout. de Paris*; art. 485, *Cout. d'Orléans*. Voyez le commentaire de Pothier, édit. Bugnet, t. VII, p. 90.

nouvel acquéreur et seront recouvrées par lui. La pratique, cela devint aussi la plus-value procurée à l'office par le vendeur, plus-value dont le prix était payé de la main à la main, un peu comme cela arrive par suite de la pratique des contre-lettres dans les cessions actuelles d'offices ministériels. C'était, en un mot, le prix des accessoires acquis en même temps que le *titre d'office*. Mais la *pratique* gardait sa nature mobilière : elle tombait en communauté et ne comportait pas l'hypothèque immobilière. Toutes solutions qui viennent surabondamment démontrer comment notre ancien droit méconnaissait l'unité de fonds de commerce (1).

Sur cet article de la coutume de Paris, Brodeau s'est gravement demandé si l'office est par nature un véritable immeuble, ou s'il en emprunte seulement, à certains points de vue la nature; Brodeau (2) conclut en ce dernier sens, après avoir cité les Pères de l'Église, les poètes latins, et même quelques jurisconsultes: solution peu satisfaisante, selon nous, d'une question inutile. La classification des biens en meubles et immeubles était, et est encore, purement légale; exception faite des immeubles par nature, tous les autres biens sont répartis dans ces deux classes suivant un critérium arbitraire et dont il n'y a pas à rendre un compte rationnel.

Dans notre droit moderne, le fonds de commerce est

(1) Sur tous ces points V. Pothier, édition Bugnet, VII, p. 90 et s.

(2) Brodeau, etc., *Sur la coutume de Paris*, t. II, p. 66 et s.

certainement, et par lui-même, un meuble. Il ne présente pas, en effet, les caractères intrinsèques d'immanence, de fixité, et, si l'on peut dire, de matérialité qui sont les caractères constitutifs de l'immeuble par nature. La majorité, sinon même la totalité de ses éléments (nom commercial, brevets, achalandage), sont mobiliers, et incorporels. Lui-même revêt ce caractère de meuble incorporel : la propriété d'un fonds de commerce, selon la définition aujourd'hui universellement reçue et adoptée par nous, est celle d'un *meuble*, parce que le silence de la loi ne permet pas d'en faire un immeuble, d'un *meuble incorporel*, parce que le fonds de commerce n'est que le concept juridique d'un ensemble de droits de nature d'ailleurs variable, et qu'un être de raison ne peut être qu'un être incorporel (1).

C'est une question délicate que de savoir si un fonds de commerce peut devenir immeuble par destination. A ce point de vue une confusion est, tout d'abord, à éviter.

Il est hors de doute que certains éléments *corporels* du fonds de commerce peuvent être l'objet d'une immobilisation par destination : tel est le cas où un propriétaire a construit un hôtel, ou une usine, d'après les exigences du commerce ou de l'industrie qu'il a en vue ; le matériel, les arrangements par lui établis dans la construction pour l'usage spécial et nécessaire auquel il destine son fonds,

(1) L'intérêt le plus important de cette définition est de soustraire le fonds de commerce à l'application des art. 1141 et 2279, C. civil.

sont immeubles par destination : comme tels, ils seront saisis et vendus avec l'immeuble qui les renferme; le prix global de cet immeuble et de ces accessoires sera réparti entre les créanciers par ordre d'hypothèque.

Mais autre est la question de savoir si le fonds de commerce *en tant qu'individualité juridique*, en tant que bien particulier et incorporel, peut être immobilisé par destination, et devenir, à tous points de vue, l'accessoire d'un immeuble. L'achalandage, les brevets, les marques de fabrique, passeront-ils, par voie d'accessoire à l'adjudicataire de l'immeuble où ils étaient exploités, le prix s'en distribuera-t-il par ordre d'hypothèques ?

La négative s'impose selon nous : la nature incorporelle du fonds de commerce s'oppose, dans le système de la loi positive, à ce qu'il devienne l'accessoire d'un immeuble. Peuvent seuls devenir immeubles par destination *les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds* (art. 524, C. civil). Tout d'abord, on ne peut pas dire qu'un fonds de commerce soit *placé* dans un immeuble. Le droit incorporel n'a pas de situation par lui-même; il siège au domicile de son titulaire, et précisément parce qu'il ne se présente pas sous la forme d'une réalité tangible, il n'est pas susceptible d'acquérir par lui-même, et pour lui-même, un siège distinct du domicile de la personnalité juridique qui le met en œuvre.

En outre, la loi a clairement montré par l'énumération de l'article 524 que seuls les objets corporels (ustensiles,

semences, animaux), pouvaient devenir immeubles par destination ; le rattachement d'un droit incorporel à un immeuble manquerait, le plus souvent, du caractère de publicité et de permanence, que la loi semble avoir recherché en cette matière comme une garantie d'ordre public. Tout ce qui touche à l'organisation de la propriété est, en effet, hors de la volonté des particuliers. Pour conférer à un meuble le titre et les qualités d'immeuble, il faut que les conditions de l'article 524 soient rigoureusement remplies ; or, d'après les termes de la loi, et d'après la nature mobilière *incorporelle* du fonds de commerce, elles ne peuvent pas l'être.

Peut-on concevoir, au point de vue législatif, une solution différente, et cette solution est-elle désirable ?

Il est visible que, depuis cinquante ans, le commerce de détail tend à s'organiser sous la forme de plus en plus fréquente de vastes bazars où l'acheteur trouve groupés, pour sa plus grande commodité, les objets les plus divers ; à Paris, le Louvre, le Bon-Marché, la Belle-Jardinière, sont, avec d'autres maisons similaires, autant d'exemples de cette tendance. Cette organisation commerciale exige un cadre tout spécial ; chacun de ces établissements possède en fait la totalité d'un immeuble bâti en vue de sa destination particulière, et absolument impropre à tout autre usage : qui penserait un instant à transformer utilement l'immeuble de la Belle-Jardinière en maison de rapport ? La construction en a été effectuée sur des plans

tellement spéciaux que la transformation de l'immeuble coûterait autant que sa reconstruction totale.

En outre, des motifs ornementaux, répétés à profusion, reproduisent dans la pierre et dans le fer, les initiales entrelacées des propriétaires, la marque de la maison, son enseigne, indiquant d'une façon aussi permanente que l'immeuble lui-même, la volonté qu'a eue le propriétaire d'établir à demeure son fonds de commerce dans l'immeuble spécialement construit pour lui servir de cadre.

Dans ces conditions de fait, et dans d'autres analogues, ne serait-il pas juridique de considérer comme parties nécessaires d'un tout unique : d'une part, les divers éléments du fonds de commerce ; d'autre part, l'immeuble où il est exploité ? La volonté du propriétaire d'attacher le fonds de commerce à l'immeuble est évidente ; par ailleurs, cet immeuble n'atteignant sa pleine valeur que par l'exploitation effective d'un commerce déterminé dans ses murs, ne peut-on dire avec la loi elle-même que le fonds de commerce est ici « attaché à l'immeuble pour l'exploitation et l'utilité de ce dernier ? »

A la vérité, il serait plus logique de dire, faisant la part exacte du principal et de l'accessoire, que c'est l'immeuble qui est attaché au fonds de commerce (1) : cette solution

(1) Voyez en ce sens, mais à titre de curiosité juridique seulement, un jugement d'un tribunal de Commerce retenant par devant lui la connaissance d'un litige se rapportant à la vente d'un immeuble, par ce motif que la destination de l'immeuble

qui pourrait être logique ne serait pas d'accord avec les principes de la loi actuelle, qui consacre, en tout cas, la prééminence de l'immeuble sur le meuble. Et, par ailleurs, aussi longtemps que la propriété immobilière bénéficiera seule, dans nos lois, d'une protection complète et d'un crédit bien organisé, le jurisconsulte devra tendre à assimiler les propriétés mobilières qui l'intéressent à de véritables immeubles : c'est ce que nous proposons, au moins pour les cas typiques que nous venons de relever, en reconnaissant à de semblables fonds de commerce, par une disposition législative formelle, le caractère d'immeubles par destination.

Dans ces mêmes cas, cette solution permettrait d'étendre au fonds de commerce le bénéfice du crédit hypothécaire. Dans la théorie qui est celle du Code civil actuel, l'hypothèque ne grève que l'immeuble et non le fonds de commerce qui y est exploité, quelque nécessaire et évident que soit le lien qui unit ces deux valeurs. En conséquence, en cas de vente conjointe de l'immeuble et du fonds de commerce, il y aura lieu d'isoler leurs valeurs respectives, l'une étant le gage des créanciers hypothécaires, l'autre celui de la masse chirographaire. Le droit de préférence du créancier hypothécaire ne s'étend jamais au fonds de commerce exploité dans l'immeuble hypothéqué ; cet

était commerciale. Ce jugement renferme une erreur juridique certaine, le tribunal de Commerce est radicalement incompétent pour connaître de tous les litiges immobiliers. Mais, en législation, la solution peut se discuter. (*Revue critique*, XXIV-228-XXV-359).

immeuble doublerait sa valeur de crédit si l'hypothèque qui le grève, atteignait, par voie d'accessoire, le fonds de commerce qu'il abrite.

Sans doute, une loi récente a organisé, au moins d'une façon rudimentaire, l'hypothèque mobilière, le nantissement du fonds de commerce, mais cette hypothèque obéit à des règles toutes spéciales de publicité. Au cas où le fonds de commerce contient un immeuble, la valeur de crédit de cet immeuble ne peut être mise en œuvre que par une constitution d'hypothèque immobilière ; il y aurait au contraire intérêt à ce que le gage du créancier comprît sous une seule affectation tous les éléments, mobiliers ou immobiliers, du fonds de commerce.

En effet, l'immeuble une fois hypothéqué, ou le fonds de commerce, une fois donné en nantissement, une partie du patrimoine commercial reste disponible et peut être affectée à la sûreté exclusive d'un nouveau créancier : d'où l'éventualité d'une double procédure d'exécution, brisant l'unité du fonds de commerce et ruinant sa valeur. En ce qui concerne cet intérêt particulier du crédit commercial, une disposition légale nous paraît désirable qui statuerait ainsi, modifiant l'article 2.118 Code civil : « Est susceptible d'hypothèque, par voie accessoire, le fonds de commerce exploité dans un immeuble par le propriétaire de cet immeuble, pourvu que l'inscription l'ait spécialement mentionné comme affecté à la garantie de la créance (1) ».

(1) Il y aurait lieu, *pour ordre*, de prescrire en même temps

Cette question a été indiquée, mais à notre avis, sans discussion suffisante, par M. le président Lespinassé (*Gaz. Trib.* 24 septembre 1884). Un hôtel avait été saisi et vendu. Certains créanciers chirographaires prétendirent enlever aux créanciers hypothécaires, par ventilation, une partie du prix représentant, selon eux, le prix de l'achalandage attaché à l'immeuble. Le Tribunal rejeta la demande « attendu que dans l'espèce, la seule cause d'achalandage réside tout entière dans la situation du bâtiment; sa distribution intérieure et son aménagement, éléments de succès inséparables de l'immeuble et se transmettant forcément avec lui. »

Les termes mêmes du jugement, approuvés par l'annotateur, laissent la question entière pour le cas où le fonds de commerce eût compris, à part de l'immeuble et de ses qualités intrinsèques, d'autres éléments parfaitement distincts, un nom commercial, une marque notablement connue, des brevets; tous ces éléments devaient, d'après les principes de la loi actuelle, être l'objet d'une adjudication séparée, ou, en cas de vente conjointe avec l'immeuble, d'une ventilation, et le prix y afférent devait être attribué aux créanciers au marc le franc, par voie de simple contribution. Cette éventualité, de nature à se réaliser de plus en plus fréquemment, à mesure que s'ouvriront de nouveaux « Grands magasins »,

l'inscription de cette hypothèque accessoire sur le registre de la loi du 1^{er} mars 1898.

appelle une solution législative que nous souhaitons conforme à nos vues.

Les auteurs ont coutume de se demander si le fonds de commerce — meuble incorporel — est, ou non, *fongible*. Cette question, qui sera examinée à propos de l'usufruit des fonds de commerce ne devrait même pas être posée. La volonté des parties est souveraine pour décider de la fongibilité ou de la non fongibilité d'un bien. En l'absence d'une volonté précise, la présomption doit être que le fonds de commerce n'est pas fongible. Un fonds de commerce est un bien déterminé ayant une valeur particulière qu'il tient du lieu où il s'exploite, du passé commercial que lui ont acquis ses propriétaires successifs. Par suite, on ne peut prétendre que tout fonds de commerce en vaille un autre, c'est là un bien qui a son individualité, et qui doit être déclaré non fongible.

Une dernière question a été soulevée, qu'on formule souvent en ces termes d'école : le fonds de commerce est-il un *universum jus* ou seulement un *universum corpus* ? Ce qu'on peut ainsi traduire : le fonds de commerce constitue-t-il, dans le patrimoine moderne, une unité juridique distincte vivant de sa vie propre, ayant, en particulier, ses créanciers et ses débiteurs particuliers ? Ou n'est-il, au contraire, qu'un bien complexe unissant, sous une même loi d'action, des éléments divers, mais d'une condition juridique égale, sans plus, à celle des autres droits que nous possédons ?

Cette dernière opinion s'impose d'abord à ceux (1) qui pensent que le fonds de commerce n'est même pas une universalité de fait, un organisme juridique doué d'une économie particulière. Nous l'avons déjà soutenu, le fonds de commerce est mieux, et autre chose, qu'une dénomination compréhensive de droits divers gardant chacun leur valeur et leur nature distinctes. Malgré cela, nous admettons cependant que le fonds de commerce n'a pas de personnalité juridique. Nous nions la personnalité de la *firme* (2).

Sans doute, à certains points de vue, la *firme* ou fonds de commerce est un organisme juridique singulièrement vivant, et qui revêt même, dans le droit allemand, une apparence de personnalité. C'est ainsi que la naissance de la firme est constatée par une inscription sur le registre des commerçants, que tous les événements qui l'intéressent (vente, transmission par décès, faillite), sont mentionnés sur ce registre; c'est ainsi encore que la firme

(1) Thaller, *Droit Commercial*, nos 72 et 902. — L'opinion défendue par M. Thaller, déniaut au fonds de commerce une existence propre et distincte de celle des éléments qui le composent, pouvait être honorablement défendue avant la loi du 1^{er} mars 1898; mais cette loi a définitivement reconnu l'existence de ce bien incorporel tel que le comprenait la pratique : elle a admis qu'un seul acte pût donner en nantissement le fonds de commerce et tous ses éléments; l'existence et l'unité du fonds de commerce sont donc aujourd'hui hors de doute.

(2) Tel est le nom sous lequel les Italiens (Génois et Lombards) désignaient au Moyen Age le fonds de commerce; l'expression est demeurée en Angleterre et en Allemagne.

semble survivre à ses propriétaires successifs ; le nom de son fondateur, devenu le sien propre, survit à toutes les mutations qui affectent le fonds, assurant ainsi la conservation et le souvenir d'une véritable et antique noblesse commerciale.

La jurisprudence française elle-même est entrée dans cette manière de voir en ordonnant que les affiches infamantes de la loi du 27 mars 1854 seraient posées à la porté du fonds de commerce, où les fraudes se sont commises, encore bien qu'une vente du fonds fût intervenue depuis le délit, et que le coupable, condamné pour falsification, n'en fût plus propriétaire. Cette décision semble atteindre ainsi plus directement l'honneur et l'intérêt de la *firme* que ceux du commerçant condamné (1).

Il ne faut cependant rien exagérer. Notre droit moderne a posé en principe fondamental l'unité du patrimoine : le patrimoine, expression extérieure de la personne juridique est un et indivisible comme elle. Une personne ne peut avoir qu'un patrimoine, et ce patrimoine est absolument homogène. Les biens considérés comme éléments du patrimoine ne sont que des valeurs, que des chiffres, plus ou moins élevés, mais représentant des unités numériques de même nature. On peut donner du patrimoine cette définition : qu'il est la somme pécuniaire d'utilité retirée par une personne des biens en sa possession.

(1) *Paris*, 28 novembre 1896, Fournier. C. M. P., Gaz. Pal., 7 mars 1897.

Par une conséquence de ces principes, le patrimoine unique est soumis à une loi unique : tous ses éléments sont grevés des mêmes charges, tous sont également soumis au droit de poursuite de chaque créancier (art. 2092). Un texte serait nécessaire pour briser cette unité homogène et constituer dans le patrimoine général une masse de biens distincts, ayant un actif et un passif propres, et qui serait le *fonds de commerce*.

Du silence de la loi à ce point de vue nous tirerons ces deux conséquences : 1° tous les créanciers, commerciaux ou civils, d'un commerçant concourent également sur le prix de son fonds de commerce, 2° l'action en revendication d'un fonds de commerce ne constituant jamais qu'un *judicium singulare*, la règle *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei*, sera toujours sans application en notre matière. Enfin, en principe, la cession d'un fonds de commerce n'entraîne pas, en l'absence d'une clause spéciale, cession des créances et des dettes afférentes au fonds. Une dérogation conventionnelle, expresse ou présumée, peut d'ailleurs être admise à ce principe : ainsi la cession expresse des marchés en cours d'exécution dont le vendeur était bénéficiaire, entraîne implicitement, à titre de contre-partie équitable et nécessaire, pour l'acquéreur, l'obligation à toutes les prestations inhérentes à ces marchés dont l'exécution incombait au vendeur. En dehors même d'une novation régulière par changement de débiteur, les tiers intéressés pourraient agir contre l'acquéreur en vertu de l'article 1121, le vendeur ayant stipulé à leur profit de son acquéreur qu'il

désintéresserait ses créanciers commerciaux, et l'ayant valablement engagé envers ceux-ci par une véritable « stipulation pour autrui ».

Ceux qui veulent reconnaître au fonds de commerce une véritable personnalité trouvent cependant, en leur faveur, d'excellentes raisons..... dans le droit romain ! C'est d'abord au Digeste, au titre de *Tributoria actione*, loi 5, §§ 13-15-16, une double solution qu'on peut ainsi résumer : « Une personne en puissance a géré au vu et su du paterfamilias deux *tabernæ* distinctes ; la *tributio* ou partage en nature des deux *tabernæ* et de leurs accessoires, se fait séparément pour chaque *tabernæ*, entre les seuls créanciers de chaque établissement. La raison de cette solution est ainsi formulée : *Creditor « merci magis quam ipsi debitori » credidit.*

Cette loi reconnaît ainsi à la *merx peculiaris* ou pécule employé au commerce, une sorte de personnalité civile, puisqu'elle en fait le sujet passif d'une obligation.

Cette solution romaine ne doit pas nous arrêter, et il n'y a rien à retenir, en ce qui concerne le fonds de commerce, des règles qui régissaient la *merx peculiaris*. Il se peut qu'en droit romain, le sujet passif des obligations commerciales ait été, au premier chef, la *merx peculiaris* : l'esclave, sans personnalité, ne pouvait s'obliger civilement, et ce qu'il obligeait par ces actes commerciaux, c'était, non pas lui-même, mais la fraction de patrimoine dont la gestion lui était confiée par le père de famille ; la théorie de l'unité des patrimoines n'était pas en jeu,

l'esclave n'ayant aucun patrimoine ; ses obligations ne pouvaient réagir contre son maître, au maximum, que dans la limite du pécule qu'il en avait reçu, plus précisément ici, dans les limites de la *merx* par lui consacrée au commerce. Un raisonnement analogue justifierait la solution de la loi en ce qui concerne le « fils de famille » titulaire d'un patrimoine, mais n'ayant en principe rien à lui, et ne pouvant commercer qu'avec les valeurs à lui remises par le chef de famille à titre de pécule.

Dans de pareilles conditions, le débiteur, c'était la *merx peculiaris*, parce que c'était seulement comme le gérant de celle-ci, et dans les limites de sa valeur, qu'une obligation avait pu naître utilement en faveur des créanciers. Que peut prouver cette conception archaïque du commerce et ces textes, qu'expliquent seules des institutions et des idées mortes, contre le principe vivant, incontestable et incontesté de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine moderne ?

Ce qui est vrai, et ce qu'il faut retenir, comme la conclusion logique de tout ce qui précède, c'est que, sous l'appellation unique de *fonds de commerce*, existait depuis un siècle dans nos mœurs, et existe maintenant dans nos lois, un bien renfermant des éléments divers solidarisés par une destination commune, un *universum corpus*, une propriété industrielle fondée et maintenue par le travail constant de son titulaire. Comme élément du patrimoine, le fonds de commerce est *un bien*, c'est-à-dire une valeur pécuniaire, et rien de plus. Envisagé en

lui-même, et dans son organisation intime, le fonds de commerce présente suivant l'heureuse expression d'un de nos maîtres (1) un des plus vivants aspects « de la propriété intellectuelle ». Il ne vaut en effet que par le labeur incessant de son propriétaire, qui, par le renom acquis à sa marque, par l'étendue de sa clientèle assure à son fonds de commerce sa plus belle valeur; c'est surtout d'une pareille propriété qu'il faut dire qu'elle se légitime par sa nature et par son origine, n'étant, au fond, que *du travail accumulé* (2).

(1) Thaller, *Cours de Droit commercial*.

(2) Ce lien intime du fonds de commerce avec son exploitant justifie cette solution de la Jurisprudence que le fonds de commerce constitue toujours un domicile apparent, un domicile tacitement élu, auquel toutes significations sont valablement faites, et donnant compétence au tribunal local en matière d'action personnelle ou de déclaration de faillite. (Cassation Req., Dosnières c. Desbrières, 5 juillet 1897, G. P. 31 juillet 1897. Bordeaux, Tideman c. Tideman, 1er juin 1898, G. P., 21 juillet 1898 : Attendu dès lors que le commerçant en France ne peut avoir d'autre domicile que celui de son établissement commercial; qu'ici le domicile de fait remplace le domicile de droit sans qu'il y ait lieu de tenir compte ni de la résidence personnelle distincte, ni du domicile d'origine.)

CHAPITRE III

LES ÉLÉMENTS DU FONDS DE COMMERCE

Nous avons constaté, en fait et en droit, dans les mœurs et dans les lois, l'existence d'un bien particulier : « le fonds de commerce ». Reste à étudier maintenant les éléments divers qui se cachent sous cette unité et la constituent.

Le fonds de commerce ne présente pas toujours une composition uniforme : ses éléments usuels sont : *le nom commercial, l'achalandage, le matériel, le droit au bail*. De ces éléments usuels, en est-il qui soient nécessaires ? Le nom commercial ne se rencontre pas toujours ; il est, en quelque sorte, un titre de noblesse, acquis à une maison par son ancienneté, ou par le renom rapide qu'a su lui gagner son propriétaire (V. *infra*) ; il peut ne pas y avoir de matériel appréciable (agence d'affaires) ; le fonds vendu peut ne pas comporter de droit au bail, si le commerce exercé est une profession ambulante, ou si le droit au bail a été expressément distrait du fonds (1) ;

(1) Amiens, 29 janvier 1898. G. P. 29 avril 1898.

de même, le fonds peut être vendu nu de toutes marchandises (1). — Nous verrons bientôt au contraire que l'achalandage existe forcément dans tout fonds de commerce; mais cette proposition demandera à être soigneusement analysée.

Ce qu'on peut dire de plus général, et plus de précision pourrait être dangereux, c'est que le fonds de commerce est un instrument qui s'apprécie par le but qu'il permet d'atteindre; *là donc où il existe un ensemble de biens et de droits quelconques, employés d'une façon normale, régulière et constante à la conquête du « bénéfice commercial », là il existe un fonds de commerce auquel il convient d'appliquer les règles spéciales de la matière.*

Le fonds de commerce existe ainsi bien moins par les éléments variables qui le composent, que par la volonté du propriétaire qui en affecte les éléments à une exploitation commerciale; cette remarque nous donnera la solution d'une question parfois soulevée : Peut-on vendre ou donner en gage comme fonds de commerce (2), et suivant les règles spéciales à la matière, un établissement dont l'exploitation n'a pu commencer, soit par la mort subite, soit par la déconfiture imprévue de son fondateur? La raison de douter paraît être qu'un pareil fonds ne comporte pas d'achalandage; et par suite, ceux qui voient dans l'achalandage, *l'élément essentiel et nécessaire du fonds de commerce*, sont conduits à décider, avec des conséquences que nous

(1) Amiens, 29 janvier 1898. G. P. 29 avril 1898.

(2) Boistel, *Précis*, n° 429.

verrons plus tard, qu'on ne peut ici parler de « fonds de commerce ».

On verra en traitant de l'achalandage, que cet élément primordial du fonds de commerce consiste dans une chance d'affaires, chance procurée par le vendeur du fonds ; par suite, si le fonds n'a pas été l'objet d'une première exploitation, cette « chance d'affaires », cette « possibilité de réaliser des bénéfices » (Thaller), pour être très amoindrie, n'est pourtant pas annihilée : la chance de réussite inhérente à l'établissement fondé, et qu'eût exploitée le fondateur de la maison de commerce, peut faire l'objet d'une cession valable, accessoire de la vente du matériel et du droit au bail, et l'ensemble de tous ces biens, qu'une même volonté avait destinés au commerce, constitue selon nous et d'après notre définition un véritable fonds de commerce.

Si, en droit, l'analyse juridique permet de considérer comme extrêmement variables, le nombre et la nature des éléments d'un fonds de commerce, en fait cependant, et pour un même commerce, ce nombre et cette nature ne changent guère : il y a, en effet, des raisons économiques pour qu'un commerce donné ne puisse être utilement exploité que dans des conditions déterminées. Que serait la cession d'un hôtel meublé, sans la cession du droit au bail de l'immeuble où il s'exploite ? Que vaudrait la cession d'une agence d'affaires sans clientèle effective ? Nous pouvons donc, dans cette étude pratique, faire abs-

traction de la difficulté soulevée plus haut, et étudier simplement les éléments *usuels* du fonds de commerce.

SECTION I. — LE NOM COMMERCIAL

Ce terme générique « nom commercial » doit être soigneusement défini : un commerçant ouvre une maison de commerce, et dans les actes de sa vie commerciale, il agit sous son « nom patronymique », ce nom patronymique devient ainsi un « nom commercial » ; — par le renom de loyauté, d'habileté ou de solvabilité qui s'y attache, il devient un élément de succès et de crédit, — il constitue une part importante de la valeur globale du fonds qu'il sert le plus souvent à désigner : il devient beaucoup plus le « nom du fonds » que celui du commerçant ; et cela est si vrai que tous les auteurs ont enseigné que cette valeur pécuniaire du nom patronymique, que l'usage commercial de ce nom, pouvaient faire l'objet d'une convention de cession licite et obligatoire. Sans doute, le nom patronymique est inaliénable, mais le nom commercial, élément du fonds de commerce, est comme lui, librement cessible.

Le nom commercial devient si bien le nom même du fonds de commerce que, dans la pratique des affaires, des maisons sont aujourd'hui désignées sous le nom de leur fondateur depuis longtemps disparu, et alors

que le nom patronymique de ceux-ci n'est plus porté par personne. Le fait est de notoriété publique. Des jurisconsultes et des romanciers, échos de la loi et des mœurs, l'ont également constaté. Cette évolution, cette formation du nom commercial est ainsi notée par Stephen : « The firm may be Brown et C^o ; and such style is sometimes retrained though by changes in the partnership no member of the name of Brown remains any longer therein (1) ».

Le fonds de commerce n'est pas toujours désigné dans l'usage par le nom de ce propriétaire, ou tout au moins, le nom de son propriétaire ne joue souvent que le rôle effacé d'un simple prénom, si l'on peut dire, à côté d'une dénomination plus éclatante et plus connue : enseigne emblématique ou nom de fantaisie : soit qu'une représentation graphique plus ou moins artistique donne une idée objective du nom ainsi choisi (Enseigne), soit que ce nom seul et tout nu, figure sur la devanture du magasin et les entêtes de factures (Au Bon Marché).

Dans tous les cas, quelle que soit son origine, et sous quelque forme qu'elle se présente, l'appellation ainsi choisie constitue *un nom commercial*.

Comment s'acquiert la propriété du nom commercial ? L'acquisition peut en être « originaire » ou « dérivée », et dans les deux hypothèses, il convient de présenter ici un groupe d'observations destinées à condenser et à complé-

(1) Stephen, *Commentaires*, vol. II, p. 45 ; Cf. Dickens, *Christmas Carol*, p. 1 ; About, *Le roman d'un brave homme*, p. 126.

ter, dans une certaine mesure, les travaux importants de Pouillet et de Bédarrides sur la matière.

Un commerçant a-t-il toujours le droit de transformer son nom patronymique en nom commercial?

Oui, en principe, et c'est là une conséquence nécessaire de la propriété du nom patronymique, propriété qui, suivant le droit commun, est de libre usage. Mais cependant l'usage de cette propriété ne peut jamais avoir pour résultat de léser le droit d'autrui (art. 544, C^c civ.) et, par suite, les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour réprimer tout usage d'un nom patronymique tendant à établir une confusion déloyale avec un nom commercial précédemment connu et exploité (1); mais les Tribunaux ne peuvent jamais interdire absolument à une personne l'usage commercial de son nom patronymique, il suffit qu'ils réglementent cet usage de façon à sauvegarder en même temps le droit de cette personne à commercer sous son propre nom, et les droits des tiers qui, antérieurement à elle, ont acquis à ce même nom une valeur commerciale dont elle ne peut prétendre profiter.

Si même il était prouvé qu'une personne, non commerçante par elle-même, n'est entrée dans une combinaison commerciale que pour prêter l'usage de son nom à des manœuvres de concurrence déloyale, le Tribunal pourrait, dans les circonstances de la cause, et en ce qui concerne une exploitation déterminée, lui faire

(1) En ce sens : Lym, 15 juillet 1896; Lubin c. Lubin, C. P., 26 août 1896, avec les plaidoiries *in extenso*.

défense ainsi qu'à ses consorts de commercer, sous un nom qui n'est alors que celui d'un homme de paille (1).

Il est des cas particuliers où, soit en première, soit en seconde ligne, le nom du commerçant *doit* figurer dans le nom commercial de son établissement. Nous avons indiqué *suprà*, et c'est ici le lieu de le préciser, que des éléments complexes peuvent former le nom ou mieux la « raison commerciale » d'un fonds de commerce. Si ce fonds est la propriété d'une société, à l'enseigne, au nom de fantaisie, et parfois même au nom d'un ancien propriétaire, viendra *forcément* se joindre la *raison sociale*, et dans cette raison sociale figurent nécessairement et uniquement les noms des associés tenus personnellement et *in infinitum* des dettes sociales (art. 20 et s. du Code de commerce). Mais ce n'est pas à dire que doive disparaître de la *raison commerciale* le nom d'un associé défunt ou sorti de la société après cession de part à ces co-associés; ce nom, partie intégrante de l'actif social, persistera dans le nom commercial, sauf aux associés à pré-

(1) Erard c. id. S. 79, 1. 348. Picon c. id. Dalloz, 94. 1. 358. Le respect de la propriété du nom patronymique ne doit pas aller jusqu'à favoriser l'abus résultant du fait de prêter son nom à un tiers pour lui permettre d'usurper à l'aide d'une confusion frauduleuse les avantages du crédit et de la réputation acquis à autrui. » — En pareil cas celui qui, n'exerçant pas, et n'ayant jamais lui-même et personnellement exercé le commerce, n'a été qu'un instrument de fraude en prêtant son nom à un commerçant faisant le commerce pour son compte, et seul bailleur de fonds intéressé dans l'affaire, peut se voir interdire de continuer à user de son nom de cette manière (art. 544 et 1382, C. civ.) (Cassat., S. 95, I. 319).

ciser par l'indication « *ancienne maison X...* » que la *raison sociale* n'est pas la mention ainsi complétée, et à exprimer clairement partout où besoin sera, la nouvelle raison sociale suivie de la mention *successeur* (Sirey, 1838, l. 304).

Le nom commercial, là du moins où il existe, est un élément tellement important du fonds, que sa cession est implicitement contenue dans celle du fonds lui-même ; si bien que le cédant perd le droit de se rétablir sous son nom dans un commerce similaire, au moins dans la limite où ce rétablissement priverait le cessionnaire de l'exploitation utile du nom commercial qu'on lui a cédé. Dans tous les cas, le vendeur en se rétablissant, ne pourra mentionner la situation de son ancien établissement. Cette règle garantit à l'acheteur la jouissance paisible du fonds vendu, elle trouvera son développement logique quand nous traiterons de la garantie dans les ventes de fonds de commerce.

Le conflit entre deux homonymes gérant un commerce similaire, se règle au profit du plus anciennement établi, le plus jeune pouvant être astreint à différencier de façon notable son nom de celui de son concurrent. La question de bonne ou de mauvaise foi est sans intérêt sur le fond d'un pareil litige, elle n'a d'importance que pour l'allocation de dommages-intérêts. Celle-ci n'est possible qu'en cas de fraude ou de concurrence déloyale.

Le pseudonyme est protégé par les mêmes règles que le nom patronymique : il est apte à devenir « nom commercial » par l'usage qui en est fait. Le principe de la pro-

priété du nom commercial est distinct, en effet, du principe de celle du nom patronymique ; c'est l'usage du nom commercial qui lui donne sa valeur propre et sa notoriété particulière. Cette justification s'applique avec la même rigueur au simple pseudonyme, au nom de fantaisie et au nom patronymique devenus « noms commerciaux ».

Cette observation est à retenir pour la solution des questions auxquelles nous arrivons. Le rétablissement du divorce dans notre législation a donné lieu, en effet, à de graves difficultés en ce qui concerne le nom commercial.

On est généralement d'accord pour admettre que le mariage ne confère à chaque époux aucun droit de propriété sur le nom de l'autre, mais qu'un usage mondain et social permet à la femme de porter le nom de son mari, *à titre de pure tolérance et d'usage précaire*. Ce principe a été affirmé à nouveau dans les travaux préparatoires de la loi du 6 février 1893, et il a prévalu dans la discussion, bien que le texte de la loi porte la trace évidente d'une autre opinion. Mais un incident des travaux préparatoires lève tout doute à cet égard, et — malgré les termes favorables de l'article 299 nouveau, § dernier, Code civil — permet d'affirmer que si le législateur prenait en considération un usage généralement établi et s'il a entendu le régir par un texte formel pour le cas de divorce, il n'a pas voulu cependant lui donner une consécration législative et absolue (1).

(1) Sirey, 1893, p. 474, dernière partie. — Coulon, *France judiciaire*, année 1892.

Quelle est l'influence du divorce sur le nom commercial de l'un des époux ?

A. *Nom de la femme.* — Par l'effet du divorce, chacun des époux (1) reprend l'usage de son nom. — Tel est le texte formel, et certainement impératif de la loi nouvelle (art. 299, Code civil). Il n'en résulte certes pas que dans les actes notariés, et dans les circonstances où la mention exacte et complète de l'état civil est justifiée, la femme ne puisse prendre la qualité d'épouse divorcée de X... Ce que la loi lui interdit est l'usage social, public et habituel du nom de son ex-mari, usage qu'expliquait seul le mariage et qui ne peut lui survivre.

Quid, si pendant le mariage, la femme a fait sous le nom de son mari un commerce particulier qu'elle entende continuer sous le même nom, après le divorce prononcé ?

Le nom du mari, devenu le « nom commercial » de la femme, ou mieux, de l'établissement géré par elle, devrait-il disparaître de la raison commerciale ? La femme, au profit de laquelle, peut-être, le divorce a été prononcé, subira-t-elle l'expropriation pure et simple d'une propriété qui n'avait acquis de valeur que par son travail personnel ?

L'affirmative est en général soutenue par les raisons suivantes : Sans doute, de puissantes raisons d'équité militeront parfois en faveur de la femme, mais il ne faut pas distinguer où la loi ne distingue pas, et, là où un texte est impératif, il n'y

(1) Donc aussi la femme,

a qu'à en faire l'application pure et simple. On ajoute que le mariage dissout, il ne faut pas que la femme soit mise en faillite sous le nom du mari.

Rien de tout cela ne nous touche et nous concluons au contraire à l'adoption de la négative, *Le divorce est, en principe, sans influence, sur le nom commercial de la femme, même si ce nom n'est autre que le nom du mari.*

La femme qui a exercé le commerce sous le nom de son mari, au vu et au su de celui-ci (car il n'en peut être autrement), garde, après le divorce prononcé, le droit de commercer sous ce nom, devenu par son travail, sa propriété personnelle. Ce nom, la femme n'y avait acquis *aucun droit* par le mariage seul (1), et ce que le mariage ne lui a pas donné, le divorce n'a pas à l'en priver. Elle a acquis le nom commercial sous lequel elle est aujourd'hui connue, comme elle aurait pu acquérir la propriété de tout autre pseudonyme. Ce pseudonyme se trouve être le nom d'un tiers, de son ex-mari, mais c'est avec l'autorisation de celui-ci qu'elle en a fait un nom commercial ; cette autorisation était nécessaire pour qu'elle pût prendre ce nom et s'en faire un pseudonyme, elle ne lui est pas nécessaire, pour qu'elle le garde et en continue l'usage, aussi longtemps tout au moins que cet usage est honorable ; nul ne peut, en effet, par sa seule volonté priver un tiers d'un droit qu'il lui a conféré sur sa chose, dans l'espèce, du

(1) V. *suprà*, p. 39.

droit à l'usage commercial de son nom patronymique. Peu important les motifs et les considérations de fait qui ont justifié cette autorisation ; une fois donnée, elle reste acquise : utilisée par la femme, elle est devenue génératrice d'un droit incommutable comme toute propriété.

On objecte l'article 299 nouveau ? Mais n'a-t-il pas été répété dans les travaux préparatoires qu'on entendait ne statuer que sur l'usage mondain, *de pure tolérance*, fait par la femme du nom du mari ? Or ici, nous sommes en présence non pas d'un acte de pure tolérance, non pas d'un usage précaire du nom d'autrui, mais d'une propriété légitimement acquise sur ce nom, par le seul labeur de la femme ensuite d'une concession d'usage qui lui en avait été faite. Cette concession a pu être facilitée et expliquée par le mariage. Mais c'est là une considération de fait d'ordre secondaire : si, au lieu d'un mari et d'une femme, il s'agissait d'une concubine commerçant sous le nom de son amant, avec l'autorisation de celui-ci, est-ce que la cessation du concubinage changerait quelque chose au droit acquis par celle qui a fait du nom d'un tiers, et avec son autorisation, son nom commercial ? Et faudrait-il en particulier, traiter plus mal l'épouse légitime que la concubine ?

On objecte encore un incident des travaux préparatoires : le sénateur Boulanger proposait un amendement réservant à la femme commerçante divorcée, le droit de conserver le nom de son ex-mari ; droit que la généralité de l'article 299 paraissait lui enlever. L'honorable sénateur, exposant

la thèse que nous-mêmes défendons, la présentait comme une thèse non « de droit, mais d'équité qu'on prétendrait sans doute soutenir, et sur le mérite de laquelle il fallait statuer. » Le rapporteur répondit que toute *considération d'équité* devait céder devant les termes formels de la loi nouvelle, et l'amendement fut rejeté.

Une inexactitude dans la position de la question avait amené une erreur dans la réponse. S'il ne s'agissait en effet, ici, que de pures considérations *d'équité*, il faudrait s'incliner devant la solution impérative et contraire de la loi. Mais, il en est autrement ; nous abandonnons ici le domaine de la *tolérance mondaine* que seul a voulu régir la loi nouvelle ; nous sommes sur le terrain du droit certain, en présence d'une véritable propriété. Dès lors il convient de décider que la situation qui nous occupe, régie par les seuls principes généraux dont nous avons fait l'application, n'est pas régie par la loi nouvelle ; la femme divorcée gardera, en tant que de besoin, l'usage *commercial* du nom du mari. Le résultat ainsi obtenu est si conforme à la justice qu'on doit s'applaudir que la loi du 6 février 1893 ne le rende pas expressément impossible.

A quelles contradictions arrivent nos adversaires ? La femme commerçante a, pendant le mariage, vendu son fonds ; malgré le divorce ultérieurement prononcé, le tiers acquéreur sera reçu à qualifier sa maison du nom du mari, sous lequel elle lui a été vendue. Faute par la femme, d'avoir opéré en temps utile cette cession, la femme, plus favorable cependant que son successeur, sera

expropriée de la propriété d'un pseudonyme que son travail a seul utilement développée.

L'honorable professeur qui a défendu la thèse contraire (1) tombe, par la force même des choses, dans une contradiction plus grosse encore. Après avoir reconnu à l'article 299 nouveau un caractère impératif, c'est-à-dire, d'ordre public, il admet cependant la validité d'une convention expresse par laquelle le mari aurait cédé, et maintiendrait à son ex-femme l'usage commercial de son nom. La solution est exacte dans son principe : en ce qui concerne l'usage mondain *du nom patronymique* du mari par la femme divorcée, la loi est impérative ; mais ce caractère impératif ne doit-il pas exclure toute convention contraire autorisant la femme divorcée à conserver le nom de son mari ?

Si la convention dont parle l'honorable professeur reste cependant licite, c'est qu'elle ne porte que sur *l'usage commercial* du nom du mari, usage autorisé par une convention génératrice de droit, basé sur autre chose qu'une simple tolérance mondaine, et à l'égard duquel la loi nouvelle n'a rien décidé. Si elle avait visé même ce cas, la forme impérative de son texte, son caractère d'ordre public, devrait faire annuler toute convention de ce genre. Nous ne pouvons nous expliquer comment une décision contraire peut être donnée par un auteur qui, fort de l'in-

(1) Cabouat; commentaire de la loi du 6 février 1893. Simonnet. — Lois annotées, année 1893.

cident Boulanger (par nous ramené à sa vraie portée), prétend régir par l'article 299 à la fois l'usage mondain et l'usage commercial du nom du mari divorcé (1).

Dans une pareille controverse, les principes seuls doivent lutter avec les principes ; il faut dire que, lors de l'incident Boulanger au Sénat, ils ont été si étrangement méconnus que, de cette partie des travaux préparatoires, il n'y a, pour l'interprète, rien d'utile à tirer.

Mais, dit-on, si la femme divorcée fait faillite, la faillite déshonorera le nom de l'ex-mari. La vérité n'est-elle donc pas que, même pendant le mariage, la femme ne peut être mise en faillite que sous son nom patronymique personnel ? C'est elle-même, et non pas sa maison qui est mise en faillite. Sans doute, le nom du mari, devenu celui de la maison, pourra se trouver mêlé à la procédure de faillite, mais cela n'est que la conséquence d'un usage de son non par lui autorisé, et d'une permission sur laquelle il ne peut plus revenir.

B. Nom du mari. — On suppose que le mari divorcé a, conformément à un usage assez répandu, joint le nom de sa femme au sien, il a ainsi acquis un « nom commercial » distinct de son nom patronymique auquel une semblable addition ne serait possible qu'en vertu d'une décision administrative.

(1) Voyez la même contradiction dans un jugement de Paris. Dalloz, 96. 2. 453.

La controverse précédente se présente sous les mêmes termes, et doit, selon nous, comporter la même solution. Le divorce ne peut enlever au mari le nom commercial complexe qu'il s'est acquis; l'autorisation tacite à lui donnée d'user commercialement du nom de sa femme a fait naître en sa faveur un *droit* incommutable dont la loi du 6 février 1893 n'a pu ni voulu le priver (1).

Est-ce à dire que, au point de vue qui nous occupe, la situation sera exactement la même avant et après le divorce? Nous n'allons pas jusqu'à le soutenir, le nom commercial que l'un des époux s'est fait du nom de l'autre pendant le mariage persiste; ce point est acquis. Mais l'autre époux a un intérêt, et même un droit certain à ce que les tiers ne puissent croire qu'il est propriétaire du fonds, et à ce que les engagements pris par l'époux propriétaire du fonds ne lui amènent ni poursuites ni réclamations. Il va sans dire que, pendant le mariage comme après le divorce, ces réclamations ne pourraient atteindre l'époux non commerçant en son nom personnel, mais seulement d'une façon indirecte, et à raison des clauses de son contrat de mariage; même dans cette limite, ces poursuites seraient mal fondées et par suite vexatoires, une fois le divorce prononcé. Le « nom commercial » du fonds ne changera pas, mais l'époux dont le nom sera ainsi em-

(1) Cette addition est légitime, en dehors de tout commerce exercé par le mari aussi longtemps que cette addition — de simple usage mondain — n'est pas usitée dans les actes de l'état-civil, d'où le ministère public aurait le devoir de les faire disparaître.

ployé pourra contraindre son ex-conjoint à faire figurer en outre dans sa raison commerciale, son nom personnel avec toutes les mentions propres à éclairer les tiers sur la situation réelle des deux anciens époux ; c'est une conséquence nécessaire d'un principe déjà rappelé : l'exercice d'un droit de propriété ne peut jamais dégénérer en un abus.

La matière *de la séparation de corps* présente, à notre point de vue, des difficultés plus graves encore que les précédentes, elles naissent de la rédaction vicieuse de la loi du 6 février 1893 et de l'incertitude des travaux préparatoires.

A. *Nom de la femme séparée de corps*. — Le législateur est parti de cette idée que le lien du nom n'était pas de ceux que devait radicalement dénouer la séparation de corps ; l'usage social qui donne à la femme le nom du mari ne lui a pas paru en contradiction formelle avec l'état de séparation judiciaire. Cependant, dans les circonstances délicates supposées par un pareil état de choses, cet usage pouvait donner lieu à des conflits que la loi a voulu régler. Comment l'a-t-elle fait ? Le mystère le plus profond règne sur le sens vrai de ces dispositions.

Article 311 nouveau. — « *Un jugement peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter*. — Texte d'où l'on induit, en bonne logique, que la femme séparée doit, en principe, porter forcément le nom de son mari. — Cette déduction est cependant écartée par les principes que nous avons rappelés plus

haut, et par un incident des travaux préparatoires dont nous avons (*suprà*) expliqué la portée (1) ; le texte doit être entendu en ce sens que, si *la femme le demande* (2) un jugement l'autorisera à ne pas porter le nom de son mari, autorisation surrogatoire, mais par cela même non viciante. De même, si *le mari le demande*, un jugement interdira à la femme de se prévaloir d'un usage social, source possible de scandale et de honte pour le mari, dont le nom pourrait être indignement porté ; en l'absence de semblables demandes, la femme séparée continue, *dans l'usage social*, à porter le nom du mari : tel est le sens — quelque peu caché — de la loi nouvelle.

Nous pensons, quant à nous, que la loi, en vertu du même esprit que nous invoquions plus haut, n'a pas statué ici encore en vue du cas où la femme séparée a acquis une véritable propriété commerciale sur le nom du mari ; mais nous allons admettre ici, et pour la commodité de la discussion, que même cette dernière hypothèse est, en ce qui concerne la séparation de corps, régie par la loi nouvelle. Quel va être le pouvoir du tribunal sur le nom commercial ainsi acquis à la femme séparée de corps ?

En bonne logique, étant admis, comme le pensent nos adversaires, que l'usage du nom de l'autre conjoint comme nom commercial ne procède que d'un

(1) V. *suprà*, p. 39.

(2) Sénat. Deb. Pré, 1887, *in extenso*, p. 39.

simple usage social et de la tolérance du principal intéressé, il doit suffire que ce dernier dénonce cet usage, en la forme judiciaire que la loi lui impose, pour que d'ores et déjà la femme ne puisse plus l'invoquer et qu'elle perde absolument tout droit à porter dans un commerce le nom du mari.

Cette solution logique est-elle celle de la loi ? Oui, selon nous ; il doit suffire que le conjoint demande aux tribunaux de prononcer l'interdiction prévue par la loi nouvelle, pour qu'ils soient tenus de faire droit à cette demande ; non, au contraire selon certains commentateurs, portés à faire prévaloir l'autorité des travaux préparatoires sur celle du bon sens (1). A la vérité, M. Flourens y a déclaré (rapport au Conseil d'État) : « En cas de séparation de corps, l'interdiction ne doit pas être édictée *de plein droit*, mais seulement lorsqu'il résulte de l'examen de l'affaire qu'elle est commandée par un intérêt supérieur », autrement dit, les Tribunaux jouissent en notre matière d'un pouvoir discrétionnaire. Nous allons voir au paragraphe suivant que cette opinion n'a pas été reçue sans protestations, et qu'elle a même été formellement abandonnée par le commissaire du gouvernement devant le Sénat.

B. *Nom du mari séparé de corps.* — On suppose ici qu'en vertu de l'usage signalé plus haut et parfaitement licite, le mari a joint à son nom le nom de sa femme, pour en former son nom commercial. « Dans le cas où le

(1) En ce sens : Trib. Seine, Dalloz, 1894. 2. 545.

mari aura joint à son nom le nom de sa femme celle-ci pourra *également* demander qu'il soit interdit au mari de le porter. » (art. 344 nov.)

Quel va être, ici encore, le pouvoir des tribunaux ?

Le texte indique par le mot *également* qu'il est le même que dans l'hypothèse précédente (nom du mari porté par la femme). Le texte semblant admettre que, dans certains cas, les tribunaux pourraient maintenir au mari le droit de porter le nom de la femme séparée, M. Clément fit remarquer qu'on semblait reconnaître aux tribunaux le droit de disposer, à l'encontre de la volonté formelle de la femme, de la propriété de son nom patronymique. M. Falcimaigne, jurisconsulte éminent, depuis conseiller à la Cour suprême, et alors commissaire du gouvernement, répondit que « la demande de la femme serait *forcément* accueillie par les tribunaux », c'est-à-dire que, réduits à enregistrer sa protestation, ils retireraient au mari tout droit à l'usage du nom de sa femme.

Cette solution, par identité de motifs, et, d'après le texte même de la loi, doit s'appliquer au cas où le mari prétend retirer à la femme séparée de corps l'usage de son propre nom. Ici encore, les tribunaux ne peuvent disposer du droit de mari sur son nom patronymique ; la rédaction incertaine du texte ne pourrait suffire à justifier cette solution anormale, et l'autorité du rapporteur Flourens au Conseil d'État est largement contrebalancée par les déclarations formelles en sens contraire de M. Falcimaigne devant le Sénat.

Nous avouons ne pas comprendre la portée d'un système mixte présenté par un honorable auteur : les tribunaux forcés de faire droit à la protestation de la femme, jouiraient d'un pouvoir discrétionnaire à l'égard de celle du mari (1). Aucune raison de droit ne justifie ce système. Un simple usage, équivalent à convention tacite doit tomber devant la dénonciation de la convention par l'un des intéressés, quel qu'il soit.

Mais nous persistons à penser qu'aucune des dispositions de la loi du 6 février 1893 ne vise la propriété commerciale du nom du conjoint acquise par l'époux divorcé ou séparé de corps. La jurisprudence et la doctrine, généralement contraires, et dont on ne peut, en notre matière, faire abstraction à l'heure actuelle nous ont seules amené à un commentaire critique de cette loi. Il reste d'ailleurs admis par tous, que si le fonds de commerce s'était trouvé être la propriété conjointe d'époux communs en biens, le mariage une fois dissous, même par le divorce, l'époux adjudicataire aurait un droit de propriété incontesté sur le nom commercial du fonds, ce nom ne fût-il autre que celui de son ex-conjoint : ce droit lui serait acquis par voie d'adjudication ou de partage, avec le fonds lui-même. Cette solution, admise par nos adversaires, démontre une fois encore que malgré les termes généraux de la loi nouvelle, il n'y a pas une impossibilité d'ordre public à ce que le nom du conjoint divorcé soit

(1) Cabouat, *Lois nouvelles*, précité.

porté, à titre purement commercial, avec telles précautions que de droit, par l'autre conjoint. C'est là, selon nous, une vérification dernière de cette vérité que le nom commercial n'a été à aucun moment l'objet de l'attraction directe et voulue du législateur de 1893.

La propriété du nom commercial formé d'un nom patronymique serait d'après la jurisprudence française une propriété imparfaite, au moins en ce sens qu'elle n'est pas *absolument incommutable*.

La question n'est pas discutée aussi longtemps que le fonds de commerce reste entre les mains de son fondateur. Dans le patrimoine de celui-ci, la propriété du nom commercial persiste toujours avec le même caractère. Il en serait autrement au cas de cession du fonds, et, d'après certains arrêts, la propriété d'un pareil nom commercial ne pourrait être invoquée que pendant le temps nécessaire pour assurer la transmission régulière de la clientèle, dont le nom commercial est « le signe de ralliement » (1) : ce temps passé, cette propriété exclusive n'aurait plus de raison d'être, et ferait abusivement échec au droit du vendeur de se rétablir sous son propre nom (2).

(1) Pouillet, Marques de fabriques, nos 548 et s.

(2) Cassat. Req., 3 juillet 1897. G. P. 3 juillet 1897. La décision des juges du fond, qui, après avoir reconnu à l'acquéreur d'un fonds de commerce le droit de prendre le titre de *successeur* du fondateur dudit fonds, déclare, toutefois, que ce droit n'ayant été, dans la commune intention des parties, accordé à l'acquéreur que comme un accessoire même de la vente, comme un moyen d'achalandage et en

Il nous paraît que la jurisprudence invoquée n'a pas la portée absolue qu'on lui donne : là où elle a décidé dans le sens indiqué, c'est qu'à proprement parler elle constatait, souverainement, en fait, que le fonds vendu ne comportait pas de « nom commercial », que le nom du vendeur n'était pas devenu partie intégrante du fonds vendu, et n'était, par suite, l'objet utile d'aucune propriété commerciale (3).

vue de lui assurer la clientèle de l'établissement vendu, il y a lieu de limiter l'exercice de ce droit par lui à un certain temps, qu'ils estiment suffisant pour qu'il puisse s'assurer la transmission et le maintien de l'achalandage (dix années, dans l'espèce), est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Bordeaux, 28 octobre 1896. G. P., 16 février 1897. Si, en principe, la vente d'un fonds de commerce comprend les éléments incorporels attachés à ce fonds au même titre que les objets corporels, et, par voie de conséquence, implique la transmission de l'enseigne et du nom commercial, destinés à faciliter la mise en valeur de l'objet vendu, cette règle comporte les restrictions et les tempéraments appropriés à chaque espèce de contrat.

Spécialement, au sujet de la transmission et de l'usage du nom du vendeur, le droit de l'acheteur ne saurait être absolu et doit être réglé d'après la nature et l'esprit des conventions intervenues, et dans le silence de ces conventions, le droit de l'acheteur doit se concilier avec l'intérêt légitime du vendeur ou de sa famille qui exige que l'usage dudit nom soit limité quant à sa durée.

(3) Bordeaux, 97. 2. 134. Au sujet de la transmission et de l'usage du nom du vendeur, le droit de l'acheteur ne saurait être absolu, mais doit être réglé d'après la nature et l'esprit des conventions intervenues ;

Dans le silence de la convention le droit de l'acheteur à ce point de vue doit se concilier avec l'intérêt légitime du vendeur ou de sa famille ; l'usage par l'acheteur, du nom du vendeur et de ses notoriétés originaires doit être limité quant à sa durée ; *alors surtout*

Mais, à notre avis, là où un nom commercial a été cédé, le droit à en faire usage dure aussi longtemps que le fonds dont il fait partie. Et comme cette propriété présente forcément un caractère privatif, ni le vendeur ni ses ayants cause ne peuvent faire de leur nom patronymique un nom commercial nouveau susceptible de confusion avec celui qu'ils ont cédé : ce qui revient à dire qu'ils ont le droit de se rétablir sous leur nom mais sous la double condition de ne causer, de près ou de loin, aucun préjudice à l'acquéreur, et de donner à leur nom une forme distinctive excluant toute confusion dommageable à leur cessionnaire (1).

Comment se perd la propriété du nom commercial?

Indépendamment d'une cession, et par une exception au principe général que la propriété ne se perd pas par le non usage, cette propriété se perd par l'abandon volontaire qui en est fait, et en particulier par un non usage assez prolongé pour le faire présumer (2).

Quand y aura-t-il abandon ? C'est là une question de fait laissée à l'appréciation du tribunal, il existera notamment

que, d'après l'acte de vente, le fonds de commerce a été transmis sans enseigne et sans aucune marque ou signe de commerce pouvant faire supposer que le nom du vendeur constituait l'un des éléments de propriété de la maison, et que d'autre part il n'est pas prouvé que le fonds de commerce vendu devait sa notoriété commerciale au nom ou à la marque du vendeur.

(1) Cassation, Sirey, 96. 4. 325. 2 arrêts.

(2) Pouillet, Marques de Fabrique.

au cas de cessation de commerce, quand le fonds aura été liquidé en détail et que le nom commercial ne désignera plus qu'une maison disparue sans espoir sérieux de reconstitution.

Le non-usage prolongé ferait de même présumer l'abandon, et rendrait irrecevable toute revendication de nom contre un tiers qui, *medio tempore*, aurait pris pour nom commercial le nom ou l'enseigne abandonnés. Il en résulte que dans un pareil procès le demandeur doit succomber qui ne rapporte pas la preuve d'une possession constante du nom qu'il invoque, la priorité de « commercialisation » du nom revendiqué en assurant seule la propriété exclusive.

Reste à voir maintenant quelles dispositions pénales protègent le nom commercial.

Le nom patronymique des individus n'est pas, en général, protégé pour lui-même par la loi pénale. L'usurpation du nom d'autrui, n'est pas, à elle seule, un délit ; elle peut devenir le moyen d'un résultat délictueux, et l'un des éléments essentiels d'une infraction déterminée (escroquerie, art. 405, C. p.) (1). Mais en dehors de cette hypothèse, la loi du 11 germinal an XI, qui a affirmé le principe de l'immutabilité du nom patronymique, n'a sanctionné ce principe par aucune disposition pénale.

Le nom commercial est-il plus efficacement protégé ? On conçoit à merveille en notre matière l'intervention de

(1) Garraud, *Droit pénal*, 4. 60.

la loi pénale : l'usurpation du nom patronymique ne procédera le plus souvent, en dehors d'une escroquerie caractérisée, que d'un sentiment de vaine gloire et d'un amour puéril du titre et de la dignité mobilières. Dans ce cas l'art. 259 du C. pén. prononce une peine d'amende contre l'usurpateur. Hors de cette hypothèse, l'usurpation d'un nom roturier n'est pas de nature à se présenter fréquemment : pourquoi lorsqu'on s'appelle Durand usurperait-on le nom de Dupont ? Cet acte indélicat, propre à faciliter les quiproquos de vaudeville, s'il se réalise, trouvera une sanction suffisante dans l'art. 1382, C. civil. Ce texte réprime suffisamment une infraction où le préjudice causé à l'individu sera généralement de peu d'étendue, et où l'ordre public n'est pas, en définitive, intéressé.

L'usurpation du nom commercial présente un tout autre caractère de gravité : elle s'explique par le désir évident de réaliser des bénéfices commerciaux au détriment d'un tiers, en se parant du renom d'honorabilité qu'il s'est personnellement acquis. Elle s'analyse, en droit, en un détournement frauduleux d'une propriété intellectuelle appartenant à autrui. L'absence d'un élément corporel, dans une pareille infraction, ne permet pas de la qualifier « vol », d'où la nécessité d'une incrimination spéciale, en partie organisée par les lois du 28 juillet 1824 et 23 juin 1857. Deux hypothèses sont à distinguer ; 1° *Le nom patronymique a été revêtu par le commerçant d'une forme graphique distinctive* (paraphe ajouté au nom — disposition particulière des lettres — nom mis en rébus....)

Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, le nom commercial devient une *marque de fabrique ou de commerce*, protégée par la législation spéciale à cette matière : la contrefaçon, l'usage frauduleux du nom contrefait tombent alors sous le coup des dispositions pénales de la loi du 25 juin 1857, titre III. Il faut remarquer d'ailleurs avec Pouillet que si le dépôt de la marque (ici du nom) contrefaits, est nécessaire à la recevabilité de l'action correctionnelle, — l'action en dommages intérêts basée sur l'art. 1382 est recevable en tout état de cause et en l'absence de tout dépôt, si du moins le commerçant justifie d'un droit antérieur et constant à la marque et au nom contrefaits.

2° *Le nom usurpé n'a jamais revêtu une forme distinctive* ; la loi de 1857 est inapplicable à ce délit que punit seulement la loi du 28 juillet 1824 sous les conditions suivantes : 1° *Le nom usurpé doit être celui d'un fabricant* — ou la *raison commerciale d'une fabrique*, — ce qui exclut certainement l'usurpation de l'enseigne, si du moins l'emblème qui y est figuré n'est pas devenu le nom usuel de la maison ; 2° *Le nom usurpé doit avoir été apposé sur un produit fabriqué* ; la loi ne punit donc pas cette apposition sur un produit non fabriqué (produits agricoles), ni cet usage sur des factures, lettres et prospectus. A ce point de vue, la protection de la « marque » est plus complète que celle du « nom » puisque la loi de 1857 punit l'apposition de la marque contrefaite sur les produits et sur les *objets* de commerce. Cette infériorité

de protection existe encore à un second point de vue : la loi accorde à la « marque de commerce » dûment déposée, une protection préventive (art. 17 et 18, loi de 1857). Le fabricant dont la marque est contrefaite peut saisir entre toutes mains, antérieurement à toute mise en vente et à toute poursuite, le produit litigieux ; rien de semblable n'est organisé par la loi de 1824, et, par suite, l'usurpation d'un « nom commercial » ne donne lieu qu'à une action civile et pénale, une fois l'usurpation accomplie, et le dommage parfois irréparable, causé.

Ces inconvénients, incontestables et incontestés, furent signalés au Sénat par une proposition de l'honorable M. Bozérian (1). Cette proposition, qui était complexe, réprimait, en toute circonstance, et sans dépôt probable, l'usurpation du nom commercial et l'usage frauduleux du nom contrefait. Dans un second ordre d'idées la proposition punissait l'usurpation des « marques de noblesse industrielle », des médailles, diplômes et récompenses d'exposition.

La deuxième partie de la proposition a seule reçu la consécration législative. Elle est devenue la loi du 30 avril 1886 « sur l'usurpation des médailles et récompenses industrielles ». Si bien qu'on peut dire, abstraction faite des hypothèses très restreintes, déterminées par la loi de 1824, que l'usurpation pure et simple du nom commercial et du nom civil, ne constitue pas des délits.

(1) *J. Off.*, 4 juin 1878.

L'usurpation ne devient délit que si elle a lieu *publiquement* (art. 259, C. p. et 2 du 30 avril 1886) et si elle porte sur des distinctions honorifiques, titres de noblesse ou récompenses industrielles.

Dans tous les cas, encore aujourd'hui, la loi n'organise aucune protection préventive contre l'usurpation du nom commercial non constitutif d'une marque de fabrique ou de commerce.

En dehors de l'incrimination nouvelle qu'elle établit, la loi de 1886 est intéressante à un point de vue particulier. C'est, ainsi qu'on l'a remarqué plus haut, la première loi « civile » qui ait reconnu et protégé l'existence du fonds de commerce considéré en lui-même, et comme universalité juridique distincte des éléments qui le composent.

Comment, en effet, nier cette reconnaissance législative ? La loi dispose que la récompense industrielle, médaille ou diplôme, est accordée « en considération de la maison de commerce » (art. 1), et que par suite peuvent seuls s'en prévaloir, d'abord ceux qui l'ont obtenue personnellement (propriétaire unique du fonds de commerce; associés en nom collectif) et ensuite *la maison de commerce* elle-même, c'est-à-dire même ses acquéreurs futurs; n'est-ce pas là la confirmation du caractère incommutable et transmissible de la propriété du fonds de commerce ? Cette propriété persiste, toujours la même, jusqu'en ses éléments les plus idéaux et les moins corporels; entre les mains des acquéreurs successifs, de ceux-là que la propo-

sition Bozérian, plus explicite que la loi de 1886, qualifiait de *représentants de la maison de commerce* (art. 10 de la proposition), indiquant ainsi que les patrons passent et que le fonds demeure, toujours semblable à lui-même.

Ce même article 10 de la proposition portait une utile précision : il indiquait que tous les « représentants du fonds de commerce » donc, tous les acquéreurs successifs sont présumés en droit d'user, en cette qualité, de toutes les récompenses industrielles acquises antérieurement par leur maison. Le silence de la loi de 1886 sur ce point, a donné lieu à des difficultés.

A notre avis, l'application des principes généraux doit faire adopter la solution proposée dans le projet de loi. La cessibilité, comme accessoire du fonds de commerce, des récompenses industrielles qui lui ont été accordées, est formellement consacrée par la loi de 1886 (art. 1^{er}) ; dès lors, en vertu du principe que le vendeur doit livrer la chose avec tous ses accessoires, ce même vendeur ne peut revendiquer l'usage *exclusif* de distinctions qui constituent pour une part capitale la renommée, et assurent au premier chef l'honorabilité du fonds par lui cédé (art. 1615, C. civ.). En outre, c'était au vendeur à se réserver cet usage exclusif par une clause spéciale, toute clause ambiguë devant s'interpréter contre lui (art. 1602, C. civ.).

Mais, au point de vue qui nous occupe, il faut soigneusement distinguer des distinctions industrielles, accordées au fonds et transmises avec lui, les distinctions honorifi-

ques personnelles au commerçant et dont, seul, il peut user. On doit ranger dans cette deuxième catégorie, toutes les décorations françaises et étrangères, toutes les promotions dans un ordre de chevalerie, toute admission dans un collège fermé de savants ou d'artistes. En conformité de ces principes, nous déciderons avec un arrêt de la Cour de Paris, que la croix de la Légion d'honneur et le titre de membre du jury d'exposition ne peuvent être considérés comme s'adressant à la maison de commerce, et sont absolument personnelles (1). Par suite aussi l'usurpation de semblables titres est étrangère aux prévisions de la loi du 30 avril 1886. Elle reste punie en principe par l'article 259 du Code civil et par les dispositions spéciales de la matière.

SECTION II. — L'ACHALANDAGE.

La notion *pratique* de l'achalandage paraît être celle-ci : l'achalandage, c'est l'ensemble des chalands ou clients fréquentant usuellement un fonds de commerce. En tant que cette confiance habituelle est une source de profits,

(1) Paris, G. P. 22 mars 1898. 3^e ch., 14 janvier 1898.

Les distinctions honorifiques, telles que la croix de la Légion d'honneur et le titre de membre du jury, ne peuvent être considérées comme s'adressant à la maison de commerce et sont absolument personnelles.

Elles ne peuvent en aucune façon faire l'objet d'une cession, ni expresse, ni tacite, et l'acquéreur d'une maison de commerce n'est pas fondé à s'en prévaloir.

elle devient un *bien* estimable en argent et cessible. Ce dernier point fut longtemps douteux et doit le demeurer pour ceux qui ne considèrent le « fonds de commerce » que comme une heureuse expression, et non pas comme une réalité juridique.

De nombreux documents de jurisprudence ont en effet annulé, comme obligation sans cause licite, la convention par laquelle un médecin ou un avocat vendait sa clientèle à un successeur ; car, dit-on, la confiance personnelle dans le vendeur est l'élément constitutif de la clientèle cédée, et le vendeur ne peut efficacement disposer en faveur d'un tiers de la confiance qu'il inspire, et qui lui est accordée personnellement. Or, l'achalandage du commerçant a-t-il une autre base que la clientèle des professions libérales ? Le fonds de commerce n'étant rien, pour nos adversaires, sinon une façon de parler, ce n'est pas en lui qu'on a confiance, en ce passé d'honneur et de probité commerciale dont son enseigne, sa marque ou son nom sont l'affirmation parfois séculaire, c'est uniquement dans le commerçant qui le gère, et qui ne peut garantir à son acquéreur la continuation d'une confiance qui lui est personnellement accordée.

Et cependant, on admet sans contestation possible la cessibilité de l'achalandage. Pourquoi ? Sinon parce que, — à la différence de la clientèle libérale qui va à l'homme et ne lui survit pas, — l'achalandage va au fonds et s'identifie avec lui ?

La vérité est que tout fonds de commerce renferme, ne

fût-ce qu'à titre embryonnaire, un achalandage. En dehors même de toute gestion efficace, il suffit qu'un fonds de commerce ait été fondé, pour qu'un achalandage, c'est-à-dire une possibilité d'affaires, soit née en sa faveur. Avant même qu'une seule vente ait été effectuée, le fonds possède un achalandage. Pour le moment il est virtuel, il sera quelque temps encore variable, fugitif, incertain. Il se compose d'abord uniquement du passant, qui, surpris par le besoin ou le simple désir d'un objet, l'achète sur son chemin, là où il le rencontre ; demain, ce client de passage peut devenir un habitué ; mais, dès maintenant il suffit qu'existe l'éventualité d'un achat isolé, que d'autres pourront suivre, pour qu'existe également un achalandage, et que cet achalandage, « cette chance d'affaires » puisse faire l'objet d'une cession valable.

Dans un fonds de commerce, le prix de l'achalandage, c'est donc, si l'on peut dire, le coefficient numérique qui exprime l'aptitude du fonds à fournir des bénéfices, et par suite le fonds de commerce n'ayant de valeur que par les bénéfices qu'il assure et à la conquête desquels tous ses éléments sont employés, il faut dire que le fonds de commerce ne pourra vivre et se transmettre que s'il a un achalandage appréciable. Le développement de cet élément vital entraîne celui du fonds tout entier ; le rôle de l'achalandage est donc primordial dans la vie du fonds de commerce, et on a pu dire, avec justesse, *au point de vue économique*, qu'on ne pouvait concevoir un fonds de commerce sans achalandage. Mais c'est là une formule, qui,

comme toutes les formules, demande à être bien comprise. Si elle veut dire qu'en fait, il n'y a point de commerce possible sans acheteurs, — elle est vraie, mais elle est naïve. — Si elle entend affirmer qu'il n'y a pas de fonds de commerce là où n'existe pas une clientèle habituelle, elle énonce un à peu près économique et une erreur juridique; en fait une maison peut n'avoir jamais que des clients de passage (aubergistes), et qu'on ne revoit jamais; et une maison de commerce ouverte depuis une heure possède déjà et possédait dès l'annonce de son ouverture prochaine, une chance de réussite et d'affaires, qui n'est autre qu'un rudimentaire achalandage.

Il est cependant juridiquement exact, en un certain sens, que l'achalandage est un élément nécessaire du fonds de commerce. Il n'y a de fonds de commerce que par la volonté d'un individu, affectant un ensemble de biens à la poursuite du « bénéfice commercial », intention qui, à peine d'être inefficace, doit être portée à la connaissance du public. Cette déclaration publique, — d'où quelle résulte, — éveille la curiosité des acheteurs éventuels et assure par cela même une première « chance de réussite » à l'établissement projeté, si bien qu'au jour même où il s'ouvre à la vie commerciale, la seule volonté de son fondateur suffit déjà à lui assurer un achalandage. C'est dire, plus simplement, que l'ouverture d'une boutique correspond au désir d'y voir venir des clients. Cette vérité d'évidence ne peut être celle qu'un honorable auteur a pris la peine de fixer dans la formule de « l'achalandage élément

nécessaire du fonds de commerce ». Si cette formule a un sens plus précis et veut dire qu'il n'y a pas de fonds de commerce là où n'est encore passé aucun client, elle est inexacte. Si l'achalandage ne comportait que les clients habituels du fonds, il serait incessible : la confiance ne se vend pas. L'achalandage sera donc, en dernière analyse, défini : *l'ensemble des clients éventuels dont la visite probable est assurée au fonds de commerce par sa renommée, sa situation ou même sa simple existence*.

C'est précisément cette conception juridique de l'achalandage qui a donné à la propriété du fonds de commerce moderne sa mobilité extrême, et un caractère inconnu au siècle précédent, de facile cessibilité. Sous l'ancien droit, les mises dehors, les avances de fonds usuelles au début d'une exploitation commerciale étaient nécessitées uniquement, outre l'achat des marchandises, par l'achat de la lettre de maîtrise ou du brevet ; la cession de clientèle, nous l'avons vu, ne consistait jamais qu'en une présentation à cette clientèle du cessionnaire par le cédant, en un contrat *do ut facias* obligeant le vendeur du fonds à recommander et à présenter son successeur à ses clients habituels.

Aujourd'hui, la convention est toute différente : on cède directement l'achalandage d'un fonds de commerce, et chacun considère que la propriété en est utilement et *recta via* transférée par le seul effet de la convention. On a remarqué que la clientèle avait des liens d'attachement étroits au fonds de commerce, autant, et plus qu'au commerçant ; si bien que, dans la limite où elle était ainsi

rattachée au fonds lui-même, elle était comme ce fonds directement cessible. Cela est si vrai que le nouvel acquéreur n'hésite pas à afficher le « changement de propriétaire », bien persuadé que la clientèle du fonds lui restera fidèle.

Cette conception nouvelle de l'achalandage comme une véritable propriété incommutable et utilement cessible ne doit pas nous surprendre. Pour n'être encore consacrée que par l'usage commercial, elle n'en présente pas moins un aspect certain, et nouveau, de la propriété dématérialisée, intellectuelle et idéale. A côté de la propriété littéraire, artistique ou industrielle, l'achalandage devient l'objet d'une *propriété commerciale* qui, elle aussi, présente un caractère de moralité et de justice puisque, si, en droit, elle est toujours l'accessoire de ce capital qu'est le fonds de commerce, elle ne trouve cependant, en fait, sa pleine valeur d'avenir, et de développement, que dans l'intelligence et l'activité du seul commerçant.

SECTION III. — LE DROIT AU BAIL

Si on excepte le commerce ambulante des colporteurs ou porte-balles, et celui des marchands suivant les foires, on peut dire que tout fonds de commerce comporte naturellement un siège fixe, un immeuble où l'exploitation com-

merciale à lieu d'une façon régulière, et constante. Cet immeuble est occupé par le commerçant soit comme propriétaire, soit comme preneur à bail. Dans ce dernier cas, l'application des règles du bail à la location des lieux où s'exploite un fonds de commerce donne naissance à quelques questions particulières, à l'examen desquelles cette section est consacrée.

A. Obligation du preneur.

α Art. 1728. 1^o — Le preneur doit *jouir des lieux loués suivant la destination indiquée par le bail ou celle que font présumer les circonstances.*

Le bail pur et simple de tout ou partie d'un immeuble ne donne certainement pas, par lui-même *et ipso jure*, au preneur le droit de commerce dans les lieux loués : c'est là une destination spéciale de l'immeuble, et qui ne peut résulter que d'un accord entre propriétaire et locataire. Dans le silence du bail, et quand il est prouvé qu'aucune convention expresse ou tacite n'est intervenue sur l'usage des lieux loués, le propriétaire est en droit d'empêcher l'exploitation commerciale que le locataire voudrait ultérieurement entreprendre dans son immeuble : l'usage civil et privé des lieux loués doit toujours être, en première ligne, présumé.

Cette première présomption, d'après la loi elle-même, est utilement combattue par une convention expresse ou même par de simples présomptions contraires. Il va sans dire que la convention expresse fait ici comme ailleurs la

loi des parties; la convention tacite a la même force, et la commune volonté des parties s'induit, soit de la disposition matérielle des lieux, soit de leur destination antérieure, soit même uniquement des circonstances de la cause indiquant que le propriétaire n'a pu ignorer l'intention de son locataire d'exercer son commerce dans les lieux loués. Ce sont là des points dont l'appréciation appartient entièrement aux juges du fait; ils peuvent tenir dans leur jugement un compte variable de ces diverses circonstances. Aucune règle fixe n'est à poser à cet égard.

Le même pouvoir d'appréciation permettra aussi aux tribunaux de donner à la question suivante des solutions variables avec l'intention constatée des parties : on demande si le locataire autorisé à exercer un commerce déterminé dans les lieux loués, est en droit d'y ajouter tout commerce similaire. La difficulté soulevée est de pur fait, et revient à chercher si le nouveau trafic entrepris est une branche naturelle du commerce autorisé par le bail, si ce développement a pu être prévu comme normal par les parties, et s'il ne constitue pas à l'encontre du propriétaire une jouissance abusive, gênante pour lui-même ou pour les autres locataires.

Des arrêts ont pu ainsi sans violer aucun principe, et statuant purement en fait, décider que le commerce de bois-charbon n'impliquait pas forcément le droit accessoire de gérer un débit de boissons, que le commerce d'épicier et celui de boulanger n'avaient entre eux aucun lien de

similitude autorisant l'épicier à ouvrir un débit de pain dans sa boutique (1). Au contraire, et avec tout autant de raison, on a autorisé un débitant de vins à établir chez lui un commerce (?) de marrons grillés — un marchand de bronzes à vendre également des bronzes d'imitation. (Sirey, 59. 2. 486.)

L'obligation d'user de la chose suivant sa destination nous paraît *dans tous les cas* faire obstacle à ce que le locataire n'exerce aucun commerce dans les lieux loués. On a parfois soutenu le contraire, au moins dans certaines circonstances de fait. Nous affirmons qu'il n'y a aucune distinction à faire et que, toujours, la location d'un local à usage commercial implique l'obligation d'y exercer le commerce convenu (2).

Troplong (Louage, n° 309) a au contraire formulé une première distinction (3) : l'obligation d'exploiter n'existerait que s'il était reconnu « que l'achalandage, menacé de destruction par la fermeture du fonds, est un attribut inhérent de la chose louée. » Voici l'hypothèse concrète, base de la distinction : le propriétaire loue à un commer-

(1) Dalloz, P. 44. 2. 30 ; Sirey, 81. 2. 229.

(2) Trib. Seine, Cantor c. Fontana, 9 mai 1896. G. P., 29 oct. 1896. Le commerçant qui s'est engagé vis-à-vis de son bailleur à tenir les lieux loués garnis de marchandises de son commerce et à les affecter constamment à l'exercice de ce commerce ne peut, sans violer cet engagement, laisser sa boutique vide et vacante pendant un temps assez long et à une époque de l'année où son commerce et la circulation du public ont le plus d'activité.

(3) Cf. D. 25. 2. 87.

rant quelconque un local où celui-ci déclare vouloir faire le commerce; ce local n'a jamais reçu d'affectation durable et constante à un commerce déterminé, aucune clientèle fixe n'a pris l'habitude d'y venir régulièrement : le propriétaire ne peut se plaindre qu'on lui rende en fin de bail sans clientèle, faute d'une exploitation régulière, la boutique qu'il avait louée dans les mêmes conditions. Il en serait autrement, si cette boutique avait depuis longtemps abrité un commerce déterminé, et que sa location comportât ainsi, à titre accessoire, celle d'un achalandage que le locataire devrait entretenir par l'exploitation effective du même commerce dans les lieux loués.

Le raisonnement du savant auteur confond, à tort, deux situations distinctes : La location d'une boutique et la location d'un fonds de commerce ; le locateur d'un fonds de commerce, donne à loyer un achalandage : le locateur d'une boutique, non propriétaire du fonds de commerce qui s'y est autrefois exploité, ne peut donner à bail que la boutique toute nue, et il est inexact de dire qu'il ait un droit quelconque à exiger de son acquéreur l'entretien d'un achalandage dont il n'est pas propriétaire.

La raison de décider est toute autre et conduit dans tous les cas à une solution uniforme : le bailleur a le droit d'exiger que le preneur exerce dans les lieux loués le commerce convenu, parce que son intérêt est que par la fermeture prolongée de ses boutiques, les locaux à usage commercial de son immeuble, n'acquièrent pas une mauvaise réputation qui en empêcherait la relocation. Quand une boutique

est longtemps fermée, on pense avec raison qu'elle est sans doute mal située, mal commode, « que les affaires n'y viennent pas », et en fin de bail, la relocation est sinon impossible, du moins très difficile. Au contraire, la boutique où des commerçants, *même de divers métiers*, se succèdent sans interruption, ou, quelle que soit la marchandise vendue, les passants voient toujours des clients, cette boutique acquiert un renom de chalandise, d'heureuse situation que le propriétaire est intéressé à lui conserver contre les calculs trop habiles de certains locataires. Le procédé qui consiste à louer en fin de bail la boutique d'un concurrent, dans le seul but de la fermer et de profiter de sa clientèle, est une habileté commerciale parfois pratiquée, mais peu honorable. Notre solution, juridique à notre avis, a le mérite extrinsèque de déjouer ce calcul en imposant au nouveau locataire de doubles frais d'exploitation.

La solution aurait dû être maintenue même dans une hypothèse particulière, ou un défaut d'analyse, l'a fait rejeter par la Cour d'Orléans (Sirey, 63, 2, 169). L'acquéreur d'un fonds de boulangerie prétendait fermer boutique et installer ailleurs son commerce; son vendeur était en même temps le propriétaire de l'immeuble où le fonds s'exploitait. Il assigna son locataire en dommages-intérêts. La Cour rejeta la demande par ce motif que l'article 1728 était hors de cause, l'acquéreur d'un fonds de commerce pouvant, à son gré, fermer boutique et ruiner ainsi l'achalandage qu'il avait acquis; le propriétaire-vendeur ne pou-

vait prétendre à retrouver, en fin de bail, l'achalandage par lui vendu à son acheteur-locataire.

Telle n'était pas la prétention du propriétaire-vendeur du fonds de commerce ; il n'avait aucun droit sur l'achalandage cédé ; mais, propriétaire d'immeuble, il avait un intérêt et un droit certain à ce que son locataire ne laissât pas sans entretien ni jouissance effective, les lieux loués. Cette prétention n'équivalait pas à retenir l'achalandage par lui vendu, puisque en fin de bail, tenu à la garantie envers son acquéreur, il n'aurait pu exercer à nouveau dans sa maison, par lui-même ou par un locataire, son commerce ancien. (V. *infra*).

Le locataire qui ne jouit pas de la chose louée suivant sa destination, est passible de dommages-intérêts, et même de la résiliation du bail ; l'action en dommages-intérêts est recevable au cours du bail, si le changement de destination des lieux loués, constitue en effet un préjudice que le propriétaire a l'intérêt le plus urgent à faire cesser.

Enfin, conformément au droit commun, le commerçant doit garnir les lieux loués, d'un matériel et de marchandises suffisantes pour garantir au propriétaire le paiement des loyers. Le locataire a le droit de faire sortir du fonds les marchandises par lui vendues, mais il a le devoir de les remplacer au fur et à mesure, de façon à maintenir dans les lieux loués (1) ce qu'il juge suffisant. Mais, sauf le

(1) Trib. Seine, 11 décembre 1897. Carry c. Demolliens. C. P., 13 janvier 1898. Le privilège qui appartient, aux termes de l'art. 2102 C. civ., au propriétaire, sur le prix de tout ce qui garnit les lieux

cas d'enlèvement clandestin, les marchandises ne peuvent jamais être saisies revendiquées par le propriétaire entre les mains de tiers acquéreurs. En louant à un commerçant, le propriétaire a dû prévoir ces ventes de marchandises, et faute de s'être opposé en temps utile à la tradition des choses vendues, les tiers acquéreurs peuvent opposer au propriétaire une renonciation tacite à son droit de gage, en leur faveur.

« Obligation de ne pas troubler la jouissance des co-locataires ou des voisins. »

Cette obligation n'est qu'une conséquence de celle plus générale de jouir des lieux loués en bon père de famille. Sa violation donne lieu à deux ordres de conflits qu'il faut soigneusement distinguer.

Le commerçant peut, dans l'exercice de sa profession, causer un dommage à ses co-locataires ou à ses voisins. *Ses co-locataires*, ce sont, précisément, les personnes habitant la même maison que lui, ou même des maisons con-

loués ne saurait mettre obstacle à ce que le locataire puisse déplacer quelques-uns des objets, lorsque ce qui reste est plus que suffisant pour assurer le paiement des loyers.

Et spécialement, lorsqu'aux termes de son bail le locataire n'est tenu que de garnir les lieux loués de marchandises suffisantes pour garantir le paiement des loyers, le propriétaire doit, à peine de dommages-intérêts en cas de préjudice, avant de faire procéder à une saisie-revendication de marchandises transportées dans un autre local, s'assurer qu'il ne reste plus dans le magasin loué de marchandises en quantité suffisante pour garantir l'exécution du bail.

tiguës, appartenant à un propriétaire unique. — *Ses voisins*, — ce sont les propriétaires riverains qu'aucun lien contractuel ne rattache à lui-même ou au propriétaire qui lui a fait bail. Ce second ordre de conflits, à cause des difficultés qu'il présente, doit être d'abord examiné.

1^o Rapports avec les voisins.

Primus, locataire de Secundus, cause à son voisin Tertius un dommage. Le commerce de Primus nécessite, par exemple, l'amoncellement de denrées trop odorantes (salaisons, mélasses); les moteurs de son industrie produisent un bruit gênant : ses eaux industrielles, insuffisamment absorbées, infectent les fonds voisins et portent tort à leur culture. Le dommage est évident; de même, par exemple, son caractère illicite, attentatoire à la propriété des voisins. Une indemnité est due, mais par qui?

Des distinctions s'imposent, selon nous : la jurisprudence, suivie par la doctrine, les méconnaît (1). D'après les arrêts, l'indemnité sera poursuivie en première ligne contre le commerçant, preneur à bail, *auteur direct* du préjudice éprouvé. Mais si le commerçant n'a porté dommage aux voisins que par suite de l'exercice normal de sa profession, et par une conséquence nécessaire de l'usage qu'il était autorisé à faire des lieux loués, il pourra récupérer utilement contre son propriétaire l'indemnité par lui payée ; celui-ci doit en effet lui garantir l'usage com-

(1) Sirey, 1872, 4, 403, Cassation.

mercier des lieux loués, — le recours accordé au locataire découle de cette obligation.

Dans sa généralité, cette théorie nous paraît inacceptable. En équité, tout d'abord, on comprend mal qu'un commerçant ou un industriel devienne débiteur de dommages-intérêts envers les tiers, uniquement pour avoir joui, en bon père de famille, d'un local qu'on lui a loué en vue d'une destination précise à laquelle il n'a fait que se conformer; on conçoit mal que l'exécution scrupuleuse d'une obligation devienne, même au profit des tiers, un principe de dommages-intérêts.

En second lieu, et en droit, quel peut être le principe juridique de l'action intentée par les voisins contre le locataire? On invoque l'article 1382, mais ce texte suppose à la charge du défendeur une faute volontaire, une violation frauduleuse du droit d'autrui (délict), — ou tout au moins un fait lésif, résultat d'une imprudence, d'une légèreté ou d'une inattention (quasi-délict). — Or, cette faute, dans l'hypothèse actuelle où la trouver? La convention de louage intervenue avait, on le suppose, un caractère licite : le locataire n'a point loué une maison bourgeoise avec l'autorisation d'en faire une maison de tolérance, ni un local à usage de boutique pour en faire un atelier insalubre, soumis au décret de 1810 et à une autorisation préalable non obtenue. Dans de pareilles hypothèses, la convention immorale ou illicite ne pouvant conférer de droit à personne, propriétaire et locataire resteraient tenus, même solidairement, envers toutes personnes

des conséquences de son exécution (Montpellier, 18 février 1898. Dutemps et Lestrade C. Falipou. G. Pal. 4 mai 1898. Alger, 22 février 1898, Lévy C. Zohra. G. Pal. 1^{er} juin 1898).

Mais tel n'est point le cas actuel : sans violer la loi pénale, les règlements ni les bonnes mœurs, la convention permet et peut-être même impose au locataire l'établissement dans les lieux loués d'une industrie déterminée. Le locataire n'a commis aucune faute personnelle, puisque l'arrêt autorise son recours contre le propriétaire ; le dommage causé aux voisins ne provient donc que de la mauvaise disposition des lieux loués, de leur agencement impropre au commerce autorisé par le propriétaire : qui donc, si ce n'est lui, doit en porter la responsabilité ?

Pour retenir le locataire dans les liens de la poursuite, les arrêts décident qu'il est « l'auteur direct » du dommage. Peu importe ! Ce qu'il faudrait démontrer, c'est qu'il en est l'auteur responsable. L'entrepreneur qui fait sur un fonds des travaux nuisibles aux voisins est bien aussi l'auteur direct d'un dommage, et cependant, celui-là seul qui a ordonné les travaux et en a profité, le seul propriétaire du fonds, sera utilement recherché. N'en est-il pas de même ici ? Le locataire n'a *personnellement* rien fait pour violer le droit des voisins. L'acte lésif essentiel réside dans la destination attribuée au fonds par un propriétaire imprudent. Cette destination, il ne l'a pas réalisée lui-même, il en a chargé un tiers, le locataire ; mais, il n'en reste pas moins vrai que la destination d'un fonds immobilier, son

affectation à un commerce, à une industrie déterminée ne peuvent être en droit que l'œuvre personnelle du propriétaire du fonds, et que, par suite, il doit seul en répondre (1).

Il en serait autrement si le locataire outrepassait les droits que lui confère son bail. Cette jouissance abusive, violatrice des droits du voisin, donnerait à celui-ci une utile action en dommages-intérêts, justifiée par la faute du preneur qui ne pourrait ici répondre : *Feci, sed jure feci*.

Le propriétaire bailleur serait-il, dans cette dernière hypothèse, également responsable? Nullement. Le propriétaire n'est responsable des faits de son locataire que dans la limite où il les a faits siens par son autorisation, ou sa ratification; mais si le locataire agit malgré la volonté du propriétaire, et en dehors des droits que celui-ci lui a conférés, on ne voit pas quelle raison juridique ferait remonter au propriétaire la responsabilité des actes du locataire qui, abusant des droits qu'il invoque, cesse de représenter son bailleur dans la limite où il les outrepassé.

Mais dans l'hypothèse précise où s'était placé l'arrêt ci-dessus rapporté (S. 1872. 4. 403), le preneur avait ren-

(1) Encore faut-il, pour que la responsabilité du propriétaire soit engagée, que le dommage articulé présente un caractère de persistance et de gravité tels que le juge doive les considérer comme excédant les obligations ordinaires de voisinage, et la tolérance mutuelle qu'elles supposent. (Cassation, 41 novembre 1896. Question des surprimes d'assurances dues à raison d'un voisinage dangereux. Journal *La Chambre Syndicale des propriétaires*, n° 336, 1^{er} juin 1898.)

fermé sa jouissance dans les termes précis de son bail ; cette convention de bail, qui n'était par ailleurs, ni immorale, ni illicite, et tendait seulement à autoriser en faveur du preneur ce qui paraissait être un usage normal des lieux loués. Cette convention ne pouvait, lorsqu'il l'exécutait, l'exposer à aucune responsabilité personnelle, mais seulement à une interdiction de jouissance pour l'avenir, aussi longtemps que les lieux loués n'auraient pas reçu les changements nécessaires à la sauvegarde des voisins. Cette restriction n'est qu'une simple application de la règle que nul ne peut donner plus qu'il n'a. Les voisins, qui mettraient en cause propriétaire et locataire, obtiendraient utilement contre celui-ci, pris comme ayant cause de son bailleur, la défense d'user d'un droit qui n'a pu lui être conféré que sous la réserve du droit des tiers.

2° Rapports du preneur et des co-locataires.

Un commerçant avait déjà pris à bail une partie de l'immeuble, où, ultérieurement, et, on le suppose, contrairement aux clauses formelles de son bail, un nouveau preneur vient exercer un commerce concurrent. Le locataire qui, le premier et seul, avait le droit d'exercer ce genre de commerce dans l'immeuble éprouve un préjudice certain. Qui en est responsable ?

Quant au locataire nouveau, pas de doute à avoir, il a commis une faute et, en outrepassant son droit, lésé celui d'autrui : l'article 1382 lui est applicable.

En ce qui concerne le propriétaire, sa responsabilité n'est engagée que si l'acte de son locataire constitue un

trouble de *droit* à l'encontre du premier occupant. La définition du trouble de droit est d'ailleurs sujette à difficulté. L'article 1725 du Code civil laisse entendre qu'on doit appeler ainsi le « trouble causé par celui qui prétend droit sur la chose ». Or, dans notre hypothèse, l'auteur du trouble reconnaît qu'il agit contrairement à son bail, ou, du moins, on suppose que la justice l'a reconnu pour lui. Le trouble qu'il cause sans droit aux autres locataires ne devient-il pas une simple voie de fait, dont l'auteur direct est seul responsable ?

Il ne suffit pas, pour ruiner cette solution, d'affirmer que le propriétaire est responsable du fait du locataire, son ayant cause. Ce serait, d'abord, étendre sans texte les cas de responsabilité du fait d'autrui, violer l'article 1725 en lui donnant une extension injustifiée aux troubles de fait, alors surtout que le locataire agissant à l'encontre des stipulations de son bail, ne peut être considéré comme un ayant cause du bailleur : il n'est qu'un tiers, agissant sans aucun droit, par pure voie de fait et sous sa responsabilité personnelle.

Le propriétaire, dont l'intérêt n'est pas en jeu, ne peut même pas être contraint à intervenir et à faire cesser la concurrence indue du nouveau locataire. Il le peut, s'il l'estime conforme à ses intérêts personnels ; il n'y est pas forcé, — le premier locataire jouissant d'une action personnelle en dommages-intérêts qui résume tout son droit (1).

(1) Cassation Req., 49 janvier 1898. *Mettier c. Langlais*. G. Pal., 10 mai 1898.

Il en serait autrement dans l'hypothèse d'une brève location se renouvelant périodiquement par tacite reconduction. En continuant le bail du locataire auteur du trouble, le propriétaire le ferait sien, et en deviendrait responsable.

Supposons maintenant, au contraire, que le locataire cause une concurrence dommageable à ses co-locataires, et cela, *par l'exercice normal du commerce en vue duquel il lui a été fait bail par le propriétaire*. Quels recours vont naître de ce préjudice? Nous supposons d'ailleurs, ici encore, que l'exercice de ce commerce n'a pas lieu en contravention des lois et règlements en vigueur.

La responsabilité du propriétaire est certaine, c'est lui-même qui a autorisé l'établissement du commerce concurrent, source du trouble, or, il ne peut par son fait porter atteinte à la jouissance paisible et utile de ses locataires. V. *infra*.

Le commerçant ou l'industriel locataire peut-il être recherché? Nous ne le croyons pas : par hypothèse, en effet, s'il a causé une gêne à autrui, il ne l'a fait que dans la limite de son droit de jouissance, tel que le définit son bail ; son fait personnel n'est pas distinct de celui du propriétaire. En réalité, c'est le propriétaire qui attribue à une partie de son immeuble une destination nuisible aux anciens locataires ; au lieu de réaliser par lui-même cette violation de leur droit, il choisit pour agent d'exécution un nouveau locataire ; il lui confère des droits plus étendus que ceux dont il peut encore disposer, et sans réserver

ceux garantis aux autres locataires par leur bail. La seule faute à relever est la violation par le nouveau bail des droits résultant des baux antérieurs. Les locataires, parties à ces baux, ne peuvent en poursuivre l'exécution, à défaut, prétendre des dommages-intérêts, que contre leur co-contractant, — le propriétaire.

Pour condamner le locataire à des dommages-intérêts, il faudrait relever contre lui une *connivence frauduleuse* avec le propriétaire, constater en fait un accord, une complicité établis dans le *seul* but de nuire aux autres locataires. Mais si l'usage commercial des biens loués n'a pas un but purement vexatoire, que le locataire nouveau ne soit pas uniquement l'homme de paille du propriétaire, qu'il ait ouvert un commerce sérieux et de bon aloi : il doit être mis hors de cause, sans dépens. Il n'a pas à assurer l'exécution d'une obligation personnelle au bailleur, et qui est, quant à lui, *res inter alios acta*.

β *Obligation aux loyers.*

Le paiement des loyers à terme échu, ou d'avance, ne donne lieu à aucune difficulté ; le droit commun du bail s'y applique.

L'usage est, à Paris, de stipuler les loyers payables à terme échu, mais le propriétaire est, par ailleurs, nanti du loyer d'un terme d'avance, imputable sur le dernier terme de jouissance.

Usuellement, et, sur le papier, les échéances sont fixées au premier jour de chaque trimestre, et on devrait cal-

culer, de ce jour, le délai d'imputabilité des loyers d'avance. Une coutume constante ne permet cependant, à défaut d'une clause absolument formelle, d'exiger ce paiement et de faire courir ce délai que du 15 du premier mois, — cette première quinzaine étant accordée au locataire sortant pour faire ses réparations locatives, — et pareil délai étant accordé en fin de bail au locataire actuellement entrant pour effectuer les siennes. Le bail conclu du 1^{er} au 1^{er}, va donc en fait du 15 au 15 (1).

Enfin l'action en paiement de loyers n'est jamais de la compétence commerciale : sans doute la location d'un immeuble en vue de l'exploitation d'un commerce pourrait être rattachée à cette exploitation par la voie de l'accessoire ; mais il est de principe, en droit français, que les conventions ayant un immeuble pour objet échappent à la compétence consulaire : on ne peut songer à scinder le contrat de bail, — à rendre le preneur, débiteur de loyers, justiciable des juges du commerce, — tandis que le bailleur, tenu à procurer la jouissance d'un immeuble, devrait être assigné devant les juges civils. Le principe d'indivi-

(1) Trib. Seine. Cour de Paris, 3 espèces : *G. Palais*, 18 décembre 1896. Lyon, 2 janvier 1898. Brouillat c. Rebeaud, *G. Palais*, 26 mars 1898. L'usage constant et immémorial, à Paris et dans la banlieue, étant que les loyers, bien qu'indiqués payables le 1^{er} de chaque trimestre, ne le soient en fait, et alors qu'il s'agit d'un loyer annuel supérieur à 400 francs, que le 15, les poursuites exercées par le propriétaire avant cette date pour avoir paiement du loyer afférent au trimestre écoulé, sont, en principe, prématurées et nulles et exposent celui-ci à des dommages-intérêts au regard du locataire. (1^{re} et 2^e espèces.)

sibilité des contrats synallagmatiques doit faire écarter cette solution et faire maintenir, dans tous les cas, et par préférence, la compétence des juges de droit commun (1).

7 Influence de la cession de bail et de la sous-location sur les obligations du preneur.

C'est un principe d'évidence, qu'un débiteur ne peut, par sa seule volonté, contraindre son créancier à accepter un nouveau débiteur en son lieu et place. La novation par changement de débiteur exige le concours et l'agrément du créancier. En conséquence, le locataire qui sous-loue ou cède son bail, ne se libère en rien des obligations contractées envers le bailleur.

Nous verrons, inversement, et d'après une jurisprudence que nous aurons à apprécier, que ces conventions

(1) Cf. en sens divers deux décisions de la cour de Gand et du tribunal de Termonde (Belgique). La seconde, contraire à notre solution, s'appuie sur une loi de revision du 15 décembre 1872 qui a élargi les causes de commercialité. *G. Pal.*, 22 juillet 1898. *Cour de Gand*, 17 juillet 1897. La prise en location d'un immeuble étant par son essence même étrangère au commerce, le tribunal de commerce est incompétent pour connaître d'une demande tendant à l'expulsion d'un locataire.

Il importe peu que le locataire ait installé une usine dans les lieux.

Tribunal de Termonde, 2 juillet 1898. L'industriel qui prend en location une usine pour y exercer sa profession, contracte une obligation qui a pour but exclusif la pratique de son industrie et dont la cause se confond avec ses opérations commerciales.

Par suite, la demande tendant à l'expulsion du locataire ne peut être portée devant le tribunal civil.

ont, au contraire, pour effet de donner au bailleur de nouveaux débiteurs. La sous-location et la cession de bail des lieux où s'exploitent le fonds de commerce constituent deux contrats importants, d'un grand caractère pratique, et qu'il faut étudier en détail.

A. — *Du droit de céder le bail ou de sous-louer.*

Le principe que tous les biens sont de libre disposition doit faire décider que le locataire peut, en règle, disposer à son gré des droits qu'il tient de son bail. Cependant, comme, en certaines circonstances, la personne même du locataire a pu être prise en considération particulière par le bailleur, la loi permet aux parties de stipuler l'incessibilité du bail, ou l'interdiction de sous-louer.

Cette interdiction doit s'interpréter selon l'esprit du contrat, sans que cependant le juge puisse y admettre tous les tempéraments de pure équité reçus en cette matière par notre ancienne jurisprudence (Guillouard). C'est en ce sens seulement que l'interdiction de sous-louer ou de céder le bail est une « clause de rigueur » (art. 1717. C. civ.).

L'interdiction de sous-louer entraîne, *a fortiori*, celle de céder le bail. La cession de bail, en substituant définitivement dans les lieux un nouveau preneur au preneur primitif, altère en effet plus profondément qu'une sous-location le contrat primitif, produit un effet plus radical, et peut compromettre plus gravement les intérêts du propriétaire.

En outre, le texte de l'article 1717 appuie cette solution : le preneur a, dans le silence de la convention, « le droit de sous-louer et même de céder son bail », ce qui indique que la loi reconnaît à la cession un caractère plus grave qu'à la sous-location, et justifie ainsi notre *a fortiori*.

L'interdiction de céder le bail entraîne-t-elle, ipso jure, celle de sous-louer ? Non, selon Duranton (T. XVII, n° 93), oui, selon Duvergier (T. III, n° 376) et Troplong (Louage, n° 134).

Dans cette dernière opinion on fait valoir que l'interdiction de céder le bail s'explique par la volonté évidente du bailleur de voir son immeuble confié à la seule garde du preneur primitif ; et que cette intention serait trompée si l'interdiction de céder le bail laissait intacte la faculté de sous-louer.

Nous répondrons, d'abord, qu'une restriction au principe de libre disposition des biens n'est pas susceptible d'une interprétation extensive, quelque conforme qu'elle paraisse à la volonté présumée des parties. Nous ajouterons que le sous-bail est assez différent de la cession de bail pour rester permis, alors que cette cession est interdite. Le sous-bailleur, à la différence du preneur primitif qui a cédé son bail, touche à intervalles réguliers des sous-loyers pour la sûreté desquels il doit exercer une surveillance qui sauvegarde en même temps les intérêts du premier bailleur. D'autre part, alors que la cession de bail est définitive, le sous-bail n'est que temporaire et fait souvent, à un moment donné, place à la jouissance person-

nelle du premier preneur. Toutes ces différences favorables à la sous-location, permettent de la valider quand la cession de bail a été seule interdite (1).

Une clause usuelle dans le bail des lieux à usage commercial est la suivante : « *Le preneur ne pourra céder son bail ou sous-louer qu'à une personne agréée par écrit du bailleur.* »

Remarquons d'abord que ce n'est plus là la clause formelle d'interdiction, la clause « de rigueur », dont parle l'article 1717. Elle ne formule pas une interdiction, elle réserve seulement le droit de contrôle du bailleur. L'usage de ce droit de contrôle échappera-t-il lui-même au contrôle judiciaire ? Le bailleur pourra-t-il, par pur caprice, ou par un calcul intéressé, refuser son agrément à un acquéreur du fonds de commerce *æque idoneus* ?

L'intérêt du commerce, celui de l'équité, commandent une interprétation plus humaine de cette clause. On ne doit pas présumer qu'en imposant au preneur la nécessité de faire agréer du bailleur son cessionnaire, la convention ait voulu, par un détour quelque peu hypocrite, faire dépendre du propriétaire de l'immeuble l'efficacité des ventes éventuelles du fonds de commerce, forcer les parties de s'assurer, et au besoin d'acheter son consentement. Le propriétaire n'est fondé à refuser l'entrée de sa maison qu'à un cessionnaire sans garanties ; mais si les sûretés qu'il offre sont équivalentes à celles que fournis-

(1) Dalloz, Repré. V. *Louage*, n° 481, 3 arrêts de la cour de Paris,

sait le premier preneur, les tribunaux, après avoir tout apprécié, décideront si le bailleur est, ou non, fondé à refuser son agrément. Au surplus, s'il voulait interdire toute sous-location, sauf à les permettre ultérieurement, et à son gré, le bailleur, contre lequel s'interprète toute clause ambiguë, n'avait qu'à insérer la formule prohibitive absolue de l'article 1717. Il n'appartient pas au juge de suppléer cette rigueur (1).

La Cour de cassation, saisie de la question, a évité de rendre un arrêt de principe, et reconnu au juge du fait le droit de donner à la clause litigieuse le sens d'une prohibition absolue ou relative, le tout suivant les circonstances de la cause. Il nous paraît au contraire qu'en présence de la clause sus rappelée, clause par elle-même claire et précise, une interprétation unique devrait prévaloir, les mêmes termes révélant en principe le même esprit (2).

B. Rapports du sous-locataire ou du cessionnaire avec le bailleur primitif.

Une jurisprudence constante, inexacte selon nous, mais contre laquelle on ne peut plus utilement protester, décide que le propriétaire, bailleur primitif, jouit d'une *action directe* en paiement de loyers contre le cessionnaire du

(1) En notre sens : Dalloz, Paris, 47. 2. 174. Contra, Lyon, Dalloz 50. 2. 30.

(2) Cassat., Requête. D., 88. 1. 164.

bail ou le sous-locataire. Cette décision s'appuie sur l'article 1753 qui déclare le sous-locataire *tenu* envers le propriétaire mais seulement à concurrence « du prix de la sous-location dont il est débiteur au jour de la saisie. » Dans cette limite le sous-locataire, le sous-preneur sont *tenus*, donc, dit-on, exposés à une action personnelle en paiement des loyers.

Nous admettons cette jurisprudence, tout en faisant nos réserves sur son exactitude. Nous sommes ainsi conduits à décider, avec elle, que le bailleur a au moins deux débiteurs : le preneur primitif que la cession de bail ou la sous-location n'a pas libéré de ses obligations personnelles, et le sous-preneur actuellement dans les lieux, tenu envers le propriétaire, en vertu et dans les termes de l'article 1753.

Mais il a pu se produire plusieurs cessions ou sous-locations successives, quel est le droit du propriétaire contre les anciens occupants de sa maison, un moment ses locataires, et qui, à leur tour, ont cédé leur bail en même temps que leur fonds de commerce?

Il nous paraît que l'article 1753, avec le sens que lui donne la jurisprudence, devrait faire décider que tous les sous-locataires ou cessionnaires successifs, sans distinction, grevés, à un moment donné d'une obligation personnelle envers le bailleur, n'ont pu s'affranchir, par leur seul fait, de cette obligation.

Cette conséquence est rejetée par la jurisprudence ; elle décide que, seuls, le preneur primitif et le locataire ac-

tuel sont tenus personnellement envers le propriétaire, l'un en vertu de son bail, l'autre en vertu de l'article 1753. Quant aux cessionnaires et sous-locataires intermédiaires, leur obligation aux loyers a cessé en même temps que leur jouissance des lieux loués (1).

Voici la raison de droit qui justifierait la solution : l'article 1753 n'accorde au propriétaire d'action contre le sous-locataire, qu'autant que celui-ci se trouve débiteur de sous-loyers ; il ne peut l'être que s'il jouit des lieux loués. A la différence du bailleur primitif qui doit tous les loyers du bail, le sous-preneur ou le cessionnaire ne sont liés par aucun contrat avec le bailleur, leur seul titre d'obligation est leur jouissance, dès qu'ils ont quitté personnellement les lieux, ils ne doivent plus rien au propriétaire.

Cette justification est peu décisive. M. Guillouard, qui l'a exposée et défendue (2), en a clairement révélé le défaut : « L'engagement du cessionnaire envers le propriétaire, dit-il en substance, n'est soumis à aucune condition de durée ; si le cédant et le cessionnaire du bail résiliaient leurs conventions, le propriétaire n'aurait aucun droit contre ce dernier ; or la nouvelle cession faite par le cessionnaire lui-même, équivaut à cette résolution ». Comment cela ? Le cessionnaire, qui quitte les lieux après avoir à son tour vendu son bail, ne continue-t-il pas à en

(1) Paris, Sirey, 78. 2. 107. Lyon, Dalloz, 88. 2. 59.

(2) *Louage*, I, p. 372 et s.

réclamer l'exécution de la part du propriétaire sinon pour lui-même, et par lui-même, au moins pour et par son cessionnaire ! Comment cette dernière cession, translatrice du droit au bail équivaldrait-elle à la résiliation, c'est-à-dire à l'anéantissement de la cession antérieure, d'où ce droit est tenu ?

La vérité est que, si l'action de l'article 1753 est personnelle, elle est perpétuelle et grèvera tous les cessionnaires successifs du bail. C'est là une raison de plus de repousser l'interprétation donnée par les tribunaux à l'article 1753. La solution de la jurisprudence trouverait, au contraire, une base singulièrement logique dans l'opinion, vraie selon nous, qui ne reconnaît au propriétaire aucune action personnelle contre ses sous-locataires, mais seulement un droit réel de gage sur les meubles garnissant les lieux sous-loués. Ce droit de gage ne peut frapper que les meubles actuellement dans les lieux, on justifie ainsi, que le propriétaire ne dispose que de deux actions : l'une, personnelle, contre le preneur primitif ; l'autre, contre le locataire actuel et *réelle* en quelque façon par la limitation qu'elle comporte. Il est sans droits contre tous autres.

Quelque justification qu'elle admette, la solution de la jurisprudence est heureuse. Elle augmente, en effet, la valeur d'échange et de circulation du fonds de commerce. Dans le commerce de détail, un même individu a parfois été propriétaire de trois ou quatre maisons successives ; quelle situation serait la sienne s'il suffisait qu'un de ses successeurs dans ces divers fonds ne payât pas son loyer

au jour dit, pour que le propriétaire fût autorisé à recourir, *recta via*, et immédiatement, contre l'un quelconque des anciens propriétaires du fonds ?

Mais si l'action directe du bailleur primitif ne peut atteindre tous les locataires successifs, ils restent exposés à d'autres recours. Le premier acquéreur du fonds s'est obligé envers le fondateur premier preneur à la garantie de toutes poursuites en payement de loyers postérieurs à sa prise de possession personnelle ; le second acquéreur a pris envers le premier le même engagement. L'action du propriétaire contre le preneur primitif va donc mettre en jeu la série de ces recours successifs, série qui s'arrêtera au dernier acquéreur solvable. Ce dernier acquéreur solvable sera donc tenu, envers son vendeur, du payement des loyers comme s'il occupait encore les lieux. L'avantage définitif à reconnaître à la solution de la jurisprudence, c'est qu'elle accorde aux acquéreurs successifs qui ne sont plus dans les lieux un certain répit, la poursuite ne pouvant les atteindre que successivement, mais d'ailleurs avec des frais toujours grossissants.

Le propriétaire de l'immeuble peut même, en cas d'insolvabilité du premier preneur, utiliser par la voie de l'action indirecte (art. 1166, C. civ.) le recours qui appartient à ce preneur contre les acquéreurs successifs. Cette action indirecte présente, ici comme ailleurs, ses causes ordinaires d'infériorité.

Au point de vue qui nous occupe, la situation des propriétaires successifs d'un fonds de commerce est, en

général, aggravée par l'insertion au bail d'une clause, aujourd'hui de style : *Le preneur ne pourra céder son bail qu'en restant garant solidaire des loyers avec tous futurs cessionnaires.*

Nous savons que le droit commun donne comme obligés au propriétaire : le preneur primitif pour l'intégralité des loyers, le cessionnaire au sous-locataire pour les loyers dont il est personnellement débiteur au jour de la saisie. La clause ci-dessous rapportée va-t-elle augmenter ces garanties, adjoindre de nouveaux débiteurs à ces deux premiers ?

A la différence de ce que nous avons rencontré jusqu'ici, le sort du sous-locataire se sépare ici de celui du cessionnaire du bail.

Les charges et conditions du bail primitif sont en effet indifférentes au sous-locataire ; toutes ses obligations tiennent dans le contrat original de sous-bail qu'il a passé avec le preneur primitif, et, si dans ce contrat celui-ci n'a pas stipulé du sous-locataire dans l'intérêt de son bailleur qu'il serait avec lui débiteur solidaire des loyers, la solidarité n'existera pas ; elle ne peut résulter contre le sous-locataire d'une convention à laquelle il n'a pas été partie.

Le cessionnaire du bail est au contraire de la façon la plus absolue un véritable ayant cause du bailleur primitif ; le bail consenti par celui-ci lui a été forcément communiqué, il a dû en signifier le transport au propriétaire (art. 1690), il ne peut prétendre, ignorer la clause spéciale qui nous occupe. Que si le premier preneur l'avait expressément exonéré du respect de cette clause la

convention ne serait plus une cession de bail, mais un sous-bail fait à des conditions originales, et nous rentrions dans la précédente hypothèse.

Ceci admis, cette clause lie-t-elle de plein droit le cessionnaire et quelle est sa portée ?

Un premier point certain c'est que, bien que la clause emploie les mots « *garant solidaire* », elle n'a évidemment pas pour but de placer le premier preneur, une fois le fonds de commerce vendu, dans la situation d'une simple caution, jouissant des privilèges attachés à ce titre. Extensive du droit commun, cette clause ne doit pas transformer en débiteur accessoire, le preneur primitif qui, de droit commun, est, nous l'avons vu, débiteur principal.

A ne supposer qu'un seul cessionnaire du bail, les effets certains de la clause de solidarité à l'encontre du preneur primitif sont déjà appréciables. Le propriétaire en s'adressant au cessionnaire, locataire actuel, a interrompu valablement la prescription contre le cédant premier preneur; il fera de même courir contre lui les intérêts moratoires (art. 1206-1207).

Mais cette clause de solidarité est-elle opposable aux cessionnaires ? Oui selon nous et par le seul fait de la cession de bail. En acceptant le bail en son entier, le cessionnaire s'est engagé d'abord envers son cédant d'en assurer l'exécution de façon à ce que celui-ci ne fût jamais inquiété. Mais il y a mieux, et quand, dans un bail se rencontre la clause de solidarité, la cession de ce bail n'est pas un simple contrat bilatéral conclu entre le cédant et le

cessionnaire : cette convention appelle l'intervention forcée d'un troisième contractant, le propriétaire. La cession de bail envisagée comme cession de créance donne au cessionnaire une action directe contre le propriétaire. Envisagée comme cession de dette, et tout au moins à raison du sens donné par la jurisprudence à l'art. 1753, elle concède au propriétaire une action directe en paiement de loyers contre le cessionnaire, mais, si le bail cédé renferme la clause de solidarité, la cession de ce bail comprend forcément de la part du cédant une stipulation implicite de solidarité en faveur du propriétaire ; et cette stipulation valable, fait naître au profit du propriétaire, qui l'accepte expressément ou tacitement, une action personnelle et solidaire contre le cessionnaire (art. 1121, C. civ.).

Voici en effet le sens que nous donnons à la clause de solidarité : le propriétaire dit à son futur locataire : « Le jour où vous aurez cédé votre bail, et où votre cessionnaire l'aura lui-même cédé à d'autres, je n'aurai, en vertu de la loi, d'action directe que contre vous et contre l'acquéreur du fonds actuellement dans les lieux ; désireux d'augmenter mes garanties, je stipule de vous que vous resterez garant solidaire du paiement des loyers avec tous futurs cessionnaires ; cela ne veut pas dire seulement que je pourrai toujours vous demander l'intégralité des loyers ; le droit commun y suffit. Quelle est donc mon exigence ? C'est que je puisse à un moment quelconque, entre autres avantages, m'adresser à l'un quelconque de la série des commerçants ayant occupé ou occupant le

fonds, pour obtenir paiement de mes loyers. Je veux que tous vous me répondiez de l'honnêteté, de l'habileté commerciale, de la solvabilité des acquéreurs par vous introduits chez moi. En conséquence, en vendant votre fonds, vous, premier preneur, vous stipulerez dans mon intérêt de votre acheteur qu'il sera toujours, même après la revente du fonds, tenu comme vous-même au paiement des loyers ; que lors de cette revente, il le stipulera à son tour de son acheteur, et j'aurai ainsi, en m'appropriant le bénéfice de ces stipulations pour autrui, « une chaîne ininterrompue de débiteurs solidaires, tous garants les uns des autres ! »

Un arrêt (1) a reconnu à notre clause un sens plus restreint. La solidarité n'existerait pas dans les rapports du bailleur avec les cessionnaires successifs, mais seulement dans les rapports du bailleur et du premier preneur, seuls parties au bail primitif : c'est réduire à presque rien les effets de la clause de solidarité, puisque le premier preneur doit toujours tous les loyers. Si l'on veut donner un sens à la clause, il faut lui reconnaître le pouvoir de lier même les acquéreurs successifs du fonds. La Cour répond : mais ils ne sont pas parties au bail primitif d'où résulte la solidarité ? Objection inexacte : par l'effet de la cession, ils ont dû accéder en pleine connaissance de cause à toutes les obligations du preneur ; si on ne veut pas admettre, que dans l'acte de cession, le preneur cédant soit le mandataire du bailleur

(1) Sirey, 76, 2, 329. Note de Labbé.

et stipule en son nom la solidarité, au moins doit-on reconnaître qu'en portant à la connaissance de l'acquéreur les clauses du bail primitif, en y obtenant son adhésion même générale, et sans rien préciser de la clause litigieuse, le cédant, intéressé à la cession dont il touche le prix, est dans les conditions nécessaires pour stipuler utilement en faveur du bailleur, la sûreté spéciale, la garantie de solidarité avec tous futurs cessionnaires qu'il lui a promise ? (Art. 1121.)

B. — Obligations et droits du bailleur.

Les obligations du bailleur se résument à garantir au preneur la jouissance paisible des lieux loués ; nous avons vu *suprà* que cette garantie ne s'étend au fait des tiers, que si ce fait est constitutif d'un trouble de droit. Nous n'avons plus à étudier ici à notre point de vue particulier que la garantie du fait personnel du bailleur

Un propriétaire a donné à bail à un commerçant pour l'exercice de son commerce tout ou partie de son immeuble. Il doit lui garantir la jouissance utile des lieux loués avec la destination qui leur a été fixée d'un commun accord. Tout acte du propriétaire qui tendrait à diminuer cette utilité, constituerait un trouble et donnerait lieu à garantie. Il en est ainsi en particulier de l'établissement *permis par le propriétaire*, dans le même immeuble, ou dans un immeuble voisin lui appartenant, d'un commerce identique ou même similaire, de nature à faire au pre-

mier occupant une concurrence nuisible. Cette solution d'équité n'a pas été toujours admise. On soutenait, en invoquant le principe de libre disposition des biens, que le fait de louer dans une maison une boutique à un commerçant ne suffisait pas, en l'absence d'une clause spéciale, à interdire au propriétaire le droit de louer à un commerçant similaire dans la même maison. C'était bien certainement méconnaître la règle que les conventions obligent au respect de toutes les promesses expresses ou tacites qu'elles renferment. Une fois établi que le propriétaire avait, d'une façon ou d'une autre, connaissance, en signant le bail, de la destination que recevraient les lieux loués, ce n'est pas seulement la tranquillité matérielle, mais aussi l'exploitation utile, sans concurrence par lui autorisée, et sans trouble de sa part, que le propriétaire doit assurer au locataire; et cette obligation doit être, au besoin, sanctionnée par justice.

Des difficultés de fait pourront s'élever sur le point de savoir si le second commerce installé fait effectivement concurrence au premier : si l'épicier, vendeur de saindoux, fait concurrence au charcutier, si le marchand de vins-charbon, fait concurrence au cafetier-crémier. Ce sont là des points secondaires que le juge du fait tranche souverainement, en conciliant dans la mesure du possible l'intérêt de la liberté du commerce et le respect des droits acquis au commerçant premier établi.

DEUXIÈME PARTIE

LES CONTRATS DONT LE FONDS DE COMMERCE EST L'OBJET

CHAPITRE PREMIER

LA VENTE

La valeur d'un bien, c'est, en un certain sens, la somme d'argent qu'on en peut retirer en le cédant à un tiers, celle qu'il faut payer pour l'acquérir soi-même. La vente et sa contre-partie, l'achat, forment le contrat primordial du droit commercial, et à ce titre, doit retenir d'abord notre attention.

SECTION I

§ 1^{er}. — Éléments de la vente.

On a défini à tort (Lébre, p. 24) la vente du fonds de commerce, *un contrat aléatoire*. C'est, au contraire, un contrat exactement commutatif par lequel une partie ac-

quiert un bien d'existence parfaitement certaine, en échange d'un prix qu'elle paie. Sans doute, ce bien est par nature sujet à de grandes fluctuations de valeur ; il variera selon des causes nombreuses déjà indiquées, mais ce n'est pas là une raison juridique pour que son acquisition suive les règles des contrats aléatoires. Le contrat n'est aléatoire que si l'acheteur n'acquiert en échange de son prix qu'une « pure chance de gain », et non un droit ferme de propriété sur un objet dès à présent déterminé. Propriétaire de cet objet, il en supportera tous les risques de dépréciation ; mais leur réalisation postérieure à l'acquisition du fonds de commerce, laisse à ce contrat son caractère commutatif, puisque il y a eu réellement échange de deux prestations, une chose et un prix.

La vente d'un fonds de commerce suppose pour sa validité, et selon le droit commun, la capacité, le consentement libre des parties, une chose et un prix.

A. — Consentement des parties.

Les vices du consentement (dol, erreur ou violence), produisent ici leur effet ordinaire. Le dol, c'est-à-dire la machination habile, les manœuvres décevantes qui ont amené l'acheteur à contracter, annulent le contrat ; mais le simple mensonge, la hablerie, le fait de vanter outre mesure les avantages de la chose vendue, ne sont pas, à eux seuls, viciants. C'est à l'acheteur à juger la chose par elle-même, et non par ce qu'on lui en dit. Le dol du ven-

leur n'annule le contrat que s'il est prouvé qu'il a eu sur sa formation, et sur le consentement de l'autre partie, une influence décisive.

Les manœuvres constitutives du dol civil peuvent même devenir parfois constitutives *de l'escroquerie*, et rendre leur auteur passible de l'article 405 C. p. Il en est ainsi de la production au futur acquéreur de factures de complaisance obtenues d'un fournisseur, certifiées par lui conformes à ses livres, factures qui ont grossi frauduleusement aux yeux de l'acquéreur le chiffre des affaires faites dans le fonds; tout au moins si cette tromperie a été grave, et tend, soit à persuader à l'acquéreur l'existence d'un crédit imaginaire, d'une entreprise sans réalité sérieuse, soit à faire naître chez lui l'espérance chimérique d'affaires qui ne se réaliseront point. (Art. 405 Cod. pén.).

B. — Capacité des parties.

La capacité requise des parties qui achètent ou vendent un fonds de commerce dépend de la solution donnée à une question préalable.

L'achat ou la vente d'un fonds de commerce constitue-t-il toujours un acte de commerce? La capacité nécessaire pour faire valablement même un acte de commerce isolé est, en effet, soumise à des règles spéciales (1).

(1) La solution de cette question préalable présente encore d'autres intérêts au point de vue de la compétence du taux permis, de l'intérêt.... etc...

Nulle part la loi n'a posé en principe, du moins en principe général, que la nature du bien acheté ou vendu, pût déterminer la nature des obligations de livrer et de payer dont il devient l'objet ou la cause. La commercialité d'un acte se détermine, dans notre droit, par des raisons intimes tirées du but poursuivi par les parties. D'ailleurs, le juge est limité, dans cette recherche, par des textes exprès : la commercialité ne peut être prononcée qu'en vertu d'une disposition de loi, le caractère civil étant la règle, le caractère commercial, l'exception.

L'achat ou la vente d'un fonds de commerce par un commerçant est présumé commercial jusqu'à preuve du contraire, et cela en vertu de la présomption généralisée tirée de l'article 638, alin. 2, C. com. Il en est ainsi même de l'achat d'un fonds par une personne qui n'a pas encore commercé, mais qui, en achetant le fonds qu'elle va exploiter, révèle à tous sa qualité de commerçant et en accepte les conséquences. Il en est de même aussi de la vente consentie par un commerçant qui cède son fonds pour se retirer des affaires, réalisant ainsi un dernier acte de commerce, conclusion logique et nécessaire de tous les actes de commerce qu'il a antérieurement accomplis (1). *La Théorie de l'accessoire* justifie ces dernières propositions.

Une personne non commerçante achète un fonds de commerce, elle ne l'exploite pas par elle-même, mais elle

(1) Même solution quand un commerçant achète le fonds d'un concurrent pour le fermer et augmenter d'autant sa propre clientèle.

le loue à un gérant. L'achat est encore commercial, comme constituant l'acte de spéculation prévu par l'article 632, al. 2 *in fine* : achat d'un meuble en vue d'en louer l'usage.

Cette même personne achète un fonds en vue d'en faire donation. L'achat n'a rien de commercial, aucun texte ne permettant de le déclarer tel.

Une personne non commerçante vend un fonds de commerce. Selon les deux hypothèses les plus plausibles, elle l'a acquis par héritage ou donation. Au cas de vente après donation, le caractère civil de l'acte est certain. En cas de vente après héritage, la question est plus délicate. Nous déciderons que la vente aura le même caractère que si elle avait été réalisée par le *de cuius*. La personne du *de cuius* et celle de l'héritier, ne sont, en effet, qu'une même personnalité juridique ; toutes les obligations de l'une passent à l'autre sans changer de nature ; la fiction légale de la fusion des patrimoines et de la continuation des personnes, justifie cette solution.

Nous reconnaissons bien volontiers que toutes ces distinctions sont inélégantes ; imposées par le principe actuel « qu'il n'y a pas de commercialité sans texte », elles disparaîtront le jour où la loi fera pour l'achat et la vente du fonds de commerce ce qu'elle a fait pour l'achat et la vente du navire, en déclarant ces contrats commerciaux par eux-mêmes, entre toutes personnes, à raison de leur seul objet (art. 633, C. com.) (1).

(1) Telle est du moins l'interprétation que nous donnons à ce texte

La question de commercialité présente un grand intérêt au point de vue de la compétence respective du tribunal civil et du tribunal de commerce. *Quid* du cas où le fonds de commerce et l'immeuble où il est exploité sont vendus conjointement à la même personne ? Certains tribunaux ont pensé que le conflit se réglerait par la maxime que le principal emporte l'accessoire, et affirmé la compétence consulaire à l'égard des ventes où la valeur de l'immeuble est inférieure à celle du fonds exploité. Cette solution méconnaît le principe de l'*incompétence absolue* et d'*ordre public* des tribunaux consulaires pour toutes les matières immobilières. Dans l'hypothèse qui nous occupe, le tribunal civil retiendra toute l'affaire : il a en effet plénitude de juridiction et, juge de droit commun, évoque les litiges pendants devant le juge d'exception, s'ils sont connexes, ou même, comme en notre matière, indivisibles avec les litiges de sa compétence exclusive (1).

Ceci posé, recherchons la capacité nécessaire à l'achat et à la vente d'un fonds.

Il résulte d'abord des distinctions précédentes que la capacité nécessaire à l'accomplissement d'un acte commercial ne sera pas toujours requise pour l'acquisition d'un fonds de commerce, acte qui, nous venons de le voir, n'est pas forcément commercial par lui-même.

qu'on a parfois interprété autrement. (En notre sens : M. Thaller à son cours.)

(1) V. *Revue pratique*, XXIV, p. 228, *Lèbre*, p. 275 et s.

Si l'achat du fonds est effectué par un majeur maître de ses droits, ou par un mineur régulièrement habilité au commerce, les règles ordinaires de capacité s'appliqueront (art. 2, C. com.). Mais certaines hypothèses présentent au contraire des difficultés.

A. — *Achat d'un fonds par un mineur non commerçant*

Dans aucun cas cet acte ne pourra être déclaré commercial : l'article 3, C. com. s'y oppose. Le mineur non autorisé à commercer ne pouvant faire valablement même un acte isolé de commerce, son obligation reste donc dans tous les cas purement civile et valable, selon le droit commun *dans les limites où elle ne cause pas de lésion au mineur* (art. 1305, C. civ.). Cette dernière hypothèse est assez problématique, un pareil achat se présentant toujours dans la pratique des affaires, sous un jour des plus suspects. Ce qui se cachera sous une pareille vente de fonds sera le plus souvent en réalité un prêt usuraire : certains fonds de commerce de modes ou de confections remplacent avantageusement, dans la pratique des usuriers modernes, « les crocodiles empaillés » célèbres depuis Molière (1). Même solution en ce qui concerne le mineur émancipé non habilité à faire le commerce, et agissant seul ; l'achat d'un fonds de commerce n'étant jamais un acte « de pure administration », à raison des risques inhérents à cette valeur, cet achat excède dans

(1) *L'Avare*, acte II, scène I.

tous les cas la capacité personnelle du mineur émancipé (art. 481, C. civ.).

§ — *Achat d'un fonds par une femme mariée
non commerçante.*

L'acte doit, à peine de nullité au regard de la femme et du mari, comporter l'autorisation du mari dans les termes du droit commun (217, 225, C. civ.). Faute de cette autorisation, l'acte est annulable. Si, en lui-même, il présente, d'après les règles précédentes, un caractère commercial (achat pour revendre, — pour louer d'usage — pour exploiter), ce caractère persistera avec toutes ses conséquences jusqu'au moment où la nullité sera opposée : la ratification expresse du mari, la renonciation par la femme à invoquer cette nullité, l'expiration de la prescription décennale pourront valider l'acte d'achat (art. 1304, C. civ.).

Il va sans dire que *les administrateurs de la fortune d'autrui* (tuteurs, administrateurs provisoires de la loi de 1838 et de l'art. 497 C. civ.) sont sans qualité pour acquérir au nom de l'incapable un fonds de commerce. La loi leur prescrit un tout autre emploi de ses deniers (art. 6 et 8, loi du 26 février 1880). Un pareil acte, nul au regard de l'incapable, pourrait seulement, et suivant les circonstances, engager la responsabilité du tuteur envers le vendeur de bonne foi.

*Capacité nécessaire à la vente d'un fonds
de commerce.*

Pour aliéner un fonds dont on est propriétaire, il faut jouir, en principe, de la pleine capacité civile qui seule habilite aux actes d'aliénation : l'aliénation est impossible par le mineur en tutelle et l'interdit ; par contre le mineur habilité à faire le commerce jouit à ce point de vue, comme pour tous les actes nécessaires à son commerce, de la même capacité que le majeur (art. 487, C. civ.). La femme mariée marchande publique peut aliéner son fonds sans autorisation *spéciale* de son mari (art. 5, C. com.).

Aliénation d'un fonds de commerce par un mineur non commerçant.

La loi du 27 février 1880 ayant interdit au tuteur l'aliénation des meubles incorporels du mineur sans autorisation préalable du conseil de famille, et même du tribunal pour les meubles d'une valeur de plus de 1,500 francs, il en résulte que l'aliénation faite par le mineur seul, en dehors de ces formalités protectrices, est nulle en la forme, sans qu'on ait à rechercher si elle est ou non lésive (art. 1^{er}, loi du 27 février 1880).

Si le mineur non habilité à faire le commerce, et vendeur du fonds, avait cependant été régulièrement émancipé, une distinction s'impose. Si le mineur a été émancipé au cours de la tutelle, il faut lui appliquer la même solution qu'au mineur non émancipé, la loi ayant tenu à lui assurer la même protection (art. 4, même

loi). Au contraire, émancipé par suite de son mariage, ou par ses père et mère, il échappe aux entraves protectrices de la loi nouvelle. Par dérogation au principe de l'article 484, C. civ., il n'est plus assimilé aux mineurs en tutelle ; dès lors la question est de savoir si l'aliénation de son fonds de commerce est un acte de « pure administration » permis au mineur émancipé agissant seul. La négative est certaine : l'acte qui fait disparaître d'un patrimoine une valeur aussi spéciale qu'un fonds de commerce est un acte décisif pour une fortune, un acte de transformation radicale, une spéculation incertaine et hasardeuse qui cadre mal avec les pouvoirs restreints, la capacité « d'apprentissage » reconnue par la loi au mineur émancipé.

Mais de quelle assistance le mineur non commerçant émancipé par ses père et mère devra-t-il se munir pour aliéner valablement son fonds de commerce ? La loi du 27 fév. 1880 nous indique implicitement que l'autorisation du conseil de famille sera inutile et qu'on devra se contenter de l'assistance du curateur. Dans son art. 12 cette loi abroge sans distinction la loi du 24 mars 1806 qui prescrivait au tuteur ou au mineur émancipé de se munir de l'autorisation du conseil de famille pour aliéner les inscriptions de rente sur l'Etat supérieures à 50 francs ; il résulte de ce texte que les mesures protectrices des mineurs propriétaires de meubles incorporels doivent être cherchées aujourd'hui dans la seule loi de février 1880, et comme cette loi n'a rien statué en ce qui concerne le mineur émancipé du vivant de ses

parents, qu'elle ne veut pas l'assimiler au mineur en tutelle, il faut en conclure que l'aliénation des meubles incorporels de ce mineur sera valablement faite suivant le droit commun des actes qui, n'ayant pas été soumis à des formalités spéciales, excèdent cependant le pouvoir de « simple administration » du mineur émancipé, c'est-à-dire avec la seule assistance du curateur. La solution sera la même en ce qui concerne le mineur émancipé par mariage (article 4 de 1880).

7 Aliénation par le tuteur du fonds de commerce appartenant au mineur.

Le fonds de commerce étant un meuble incorporel il en résulte que le tuteur ne peut l'aliéner qu'avec les formalités de la loi du 27 février 1880 (article premier). Toute violation de ces formes rendrait la cession annulable à la requête du mineur ou même du tuteur agissant au nom de celui-ci. La loi de 1880 étend cette solution au tuteur de l'interdit, et à l'administrateur provisoire de la loi de 1838 sur les aliénés (article 8, même loi) (1).

Une question connexe à la précédente doit être ici résolue. *Quels sont les pouvoirs du tuteur sur le fonds de commerce appartenant à l'incapable?* Il a le devoir de l'administrer et d'en prendre soin (article 450, Code civil).

(1) *Sic*, Bordeaux, 22 juillet 1896. *G. Pal.*, 4 décembre 1896. Paris, 3 mars 1897, *G. P.*, 18 mars 1897. La nullité d'une aliénation faite par le tuteur sans les formalités de la loi citée est une nullité de forme qui laisse ouverte pendant 30 ans l'action en revendication.

Mais en quel sens comprendre cette règle ? Le tuteur peut-il garder le fonds de commerce, n'est-il pas obligé de le vendre ?

Remarquons d'abord que l'article 452 du Code civil, qui prescrit en principe la vente du mobilier, est inapplicable aux meubles *incorporels* du mineur (1). Le sort de ces meubles est régi par la loi de 1880, et cette loi n'impose au tuteur qu'une seule aliénation, celle des titres au porteur (article 5). Le tuteur ne doit pas aliéner par ailleurs les éléments corporels du fonds de commerce considérés à part du fonds ; ce serait la destruction pure et simple d'une valeur précieuse et une faute grave dont il devrait répondre.

Mais le tuteur peut-il continuer l'exploitation du fonds pour le compte du mineur ? Non, selon nous, et pour plusieurs raisons. Avec l'opinion contraire nous aurions tout d'abord un fonds de commerce en pleine activité, sans qu'il y eût un commerçant responsable pour le gérer : le mineur en tutelle ne pouvant commercer, et le tuteur gérant le commerce d'autrui n'étant pas personnellement commerçant. On ne voit pas trop, par ailleurs, un tuteur exposant sa responsabilité dans des entreprises commerciales toujours hasardeuses ; si elles tournaient mal, elles seraient taxées de « fausses spéculations » et l'exposeraient, à coup sûr, à une demande en dommages-intérêts de la

(1) Jurisprudence et doctrine constantes en ce sens : S., 73. 4. 64. Aubry et Rau, I, p. 439 et les autorités citées.

part du mineur. Enfin, et c'est là la raison de décider, la loi de 1880 prescrivant au tuteur *l'emploi* en titres nominatifs ou le dépôt à la caisse des consignations de tous les capitaux argent du mineur, cette mesure entraîne la suppression forcée du fonds de roulement, nécessaire à l'exploitation commerciale.

Le tuteur désireux de conserver à son pupille son fonds de commerce n'aura donc qu'une ressource, le donner à bail à un tiers, ou s'en faire concéder le bail à lui-même par le subrogé-tuteur.

L'administrateur provisoire nommé par le tribunal à l'interdit en conformité de l'article 497 (Code civil) n'a pas le pouvoir de vendre le fonds de commerce : il doit l'administrer et en continuer la gérance ; aucune disposition légale ne l'oblige à un emploi des deniers disponibles, et cette gestion destinée à finir avec la procédure d'interdiction admet que le fonds de commerce fonctionne par provision sans qu'aucun *commerçant* le dirige (1).

Aliénation d'un fonds de commerce sous les divers régimes matrimoniaux.

L'application des principes généraux conduit à décider que le mari aliène valablement seul le fonds de commerce dépendant de la communauté, et que sous le régime de la séparation de biens contractuelle ou judiciaire, de même que sous le régime de la séparation de corps, la femme peut

(1) Une fois l'interdiction prononcée les règles portées précédemment pour le mineur s'appliquent sans différences.

aliéner seule son fonds de commerce (articles 1449, 1526, Code civil, article 311, Code civil). Sous le régime dotal, le mari peut librement disposer, à titre de propriétaire, du fonds de commerce estimé dans le contrat et dont la propriété n'a pas été réservée à la femme (article 1551, Code civil).

Au contraire, si cette réserve a été faite, le fonds de commerce reste la propriété de la femme, le mari n'en a que la jouissance, et aucun des deux époux ne peut aliéner ce meuble dotal qu'avec l'autorisation de la justice et dans les seuls cas prévus par la loi (article 1555 et s.).

On connaît en effet, en cette matière de la dotalité mobilière, les solutions de la jurisprudence : la dot mobilière est, en principe, inaliénable ; mais cependant les nécessités d'une bonne, diligente et rapide administration, doivent faire reconnaître au mari le pouvoir d'aliéner les meubles corporels fongibles, ceux-mêmes non fongibles qui sont sujets à dépérissement, ou qu'un prudent père de famille aliénerait pour en placer le prix en d'autres valeurs plus sûres, selon les circonstances et les exigences du moment. Ces pouvoirs de très large administration seraient consacrés par l'article 1540 du Code civil (1).

A notre avis, l'aliénation d'un fonds de commerce n'est jamais un simple acte d'administration. Il excède donc toujours les pouvoirs du mari dotal ; cette aliénation d'un bien précieux, d'une source féconde de bénéfices, ne

(1) C. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, p. 272.

se présente pas, pendant le mariage, avec un caractère suffisant d'urgence, de nécessité, pour justifier la dispense des formalités judiciaires protectrices de la dot. Cette aliénation reste en conséquence soumise à la nécessité d'une autorisation préalable de la justice.

Pendant l'instance en séparation de biens, le mari commun en biens conserve le droit d'aliéner le fonds de commerce, dépendant de la communauté ; mais cette aliénation tombera sur la simple demande de la femme, même au regard de l'acquéreur de bonne foi, dans la limite où elle y aura intérêt pour se remplir de ses reprises, ou de sa part dans la communauté calculée sur les biens existants lors de l'introduction de sa demande (arg. article 1445, Code civil).

Il en est autrement en cas de divorce. Les droits acquis du mari par les tiers de bonne foi, même au cours de l'instance, doivent être respectés par la femme (article 252, Code civil). La rétroactivité du jugement se limite ici aux rapports des conjoints. Le mari doit d'ailleurs dans tous les cas rester, *pendente lite*, administrateur du fonds de commerce appartenant à la communauté. Le juge ne peut porter atteinte aux pouvoirs du mari comme chef de la communauté en prescrivant la remise du fonds à un gérant commis par justice (1).

L'article 242 du Code civil, extensif au mari et à la femme non commune des dispositions édictées par l'an-

(1) *Gazette Pal.*, 11 novembre 1894. Cour de Paris, Fontaine, Besson c. Besson. Si en vertu de l'art. 242 nouveau C. civ., l'un ou l'autre

cien article 270 au profit de la seule femme commune; ne met en effet nullement en échec le principe de l'article 1421. Il autorise seulement le *dépôt* entre les mains de l'un des époux ou d'un séquestre d'« objets » déterminés. Or le séquestre d'un fonds de commerce ne serait pas une simple mise en garde; cette mesure ne serait possible qu'en conférant au gardien les pouvoirs d'exploitation et d'administration qu'on enlèverait au mari : c'est là une déchéance que l'article 242 nouveau n'a pas organisée et que le juge ne peut suppléer.

Le fonds de commerce appartenant au mari ou à la communauté restera donc entre les mains du mari qui conservera à son égard tous ses pouvoirs, restant libre de l'aliéner même à titre gratuit (1421-1422) en faveur de tiers de bonne foi (art. 243), et sauf à voir annuler cette aliénation suivant les principes ordinaires de l'action Paulienne.

Une difficulté particulière s'élève au cas où le fonds de commerce, bien de communauté ou même propre de la femme, et spécialement la femme, a le droit de recourir à toutes mesures provisoires pour la conservation de ses droits à partir de sa demande en séparation de corps ou en divorce, il n'en résulte point que le mari puisse être, même partiellement, dépouillé du droit qu'il tient de sa qualité même, en vertu des art. 1421 et 1428, C. civ., d'administrer les biens appartenant, soit à la communauté, soit à la femme; ce droit ne saurait lui être enlevé que par la décision définitive qui, prononçant le divorce ou la séparation de corps, dissout la communauté...

Alors particulièrement qu'il n'est point démontré que, par sa négligence, par incurie ou par méchanceté, le mari laisse périliter les valeurs de la communauté ou celles appartenant à sa femme.

femme commune, est géré non plus par le mari, mais par la femme. *Le mari peut-il, au cours de l'instance en divorce retirer à la femme l'autorisation qu'il lui avait donnée et qui lui est nécessaire pour commercer ?* Peut-il en vertu de ses pouvoirs comme chef de la communauté se substituer à elle dans la gestion du fonds ? L'affirmative doit être admise selon nous, quelque inconvénient pratique qu'elle présente. L'autorisation de justice ne peut habiliter la femme à faire le commerce et, dans la procédure du divorce organisée en 1886, aucun texte n'a modifié le principe de l'article 4 du Code de commerce. Le mari est donc libre de révoquer *ad nutum*, l'autorisation qu'il avait accordée et d'exercer personnellement, sur le fonds de commerce géré par la femme, ses droits d'administrateur (1).

Le père administrateur du fonds de commerce appartenant à son fils mineur peut-il aliéner ce fonds et sous quelles conditions ? La loi de février 1880 n'a pas d'application à l'administration légale du père de famille ; celle-ci reste donc soumise aux seules règles du Code civil. Or sous le Code civil on reconnaissait en général que, dans le silence de la loi, le tuteur pouvait valablement aliéner par le ministère d'un officier public compétent et sans autori-

(1) La jurisprudence admet assez généralement, par opposition à l'opinion formulée au texte, que la justice peut habiliter la femme mariée à faire le commerce : avec cette solution, l'autorisation de justice pourrait, *pendente lite*, suppléer l'autorisation révoquée par le mari. — Lyon-Caen et Renault. *Manuel*, p. 63.)

sation du conseil de famille ni de justice les meubles incorporels du mineur (1). Le père de famille, dont les pouvoirs sont, encore aujourd'hui, régis par le Code civil de 1804, ne peut avoir moins de droits que n'en avait le tuteur sous l'empire du même code ; il aliénera donc sans avoir besoin d'aucune autorisation le fonds de commerce de son fils mineur, à moins qu'il ne préfère le garder et exercer sur ce fonds, conservé en nature, son usufruit légal.

Quid du gérant d'une société commerciale ?

Dans une société commerciale quelconque le mandat d'administrer que les associés se donnent mutuellement, ou celui qui est conféré au gérant des sociétés en commandite, aux administrateurs des sociétés anonymes, n'est pas suffisant pour leur permettre l'aliénation valable du fonds de commerce exploité par la société. C'est là un acte qui, par son importance, exige l'accord des associés ou au moins l'avis de l'assemblée générale. Le mandat du liquidateur implique au contraire le pouvoir de réaliser cette part importante de l'actif social.

Lorsqu'un fonds de commerce a été aliéné par un incapable, celui-ci, ou ses représentants peuvent utilement le revendiquer même entre les mains de tiers acquéreurs de bonne foi. L'article 2279 est sans application à ce meuble incorporel, susceptible d'un véritable droit de suite, et dont l'acquisition se constate, dans l'usage, par des actes écrits. Suivant une jurisprudence et une doctrine constantes, l'article 2279 ne s'applique en effet qu'aux meu-

(1) Demolombe, t. VII, n° 588.

bles corporels, les seuls qui par leur valeur ordinairement minime, leur transmission purement manuelle, et leur similitude entre tous les types d'une même classe, justifient la maxime : « en fait de meuble possession vaut titre. »

C. — Objet de la vente.

Le fonds de commerce pouvant faire l'objet d'une revendication utile, il en résulte, et c'est la seule observation à placer sous la rubrique « objet de la vente », que le fonds vendu ne doit pas avoir été frappé d'inaliénabilité. Il en serait ainsi en cas de substitution permise, et aussi (car cette clause est validée par la jurisprudence) au cas où le donateur ou le testateur disposant de son fonds de commerce en a stipulé — dans son intérêt ou dans celui d'un tiers — l'indisponibilité momentanée (1).

D. — Prix de la vente.

La convention d'arrhes — la clause de dédit ou clause pénale — produisent en notre matière leurs effets habituels. La vente, une fois définitive, doit comporter un prix sérieux et certain. Si le prix est fictif ou minime, la cession reste valable mais elle dégénère en une donation déguisée ou indirecte et d'ailleurs valable ; si le prix n'est

(1) Cette observation doit être considérée comme de pure théorie : de pareilles clauses, destructives du crédit, ruineraient à bref délai le fonds qui en serait grevé.

pas certain, c'est-à-dire si les parties ont omis de le déterminer ou de fixer le moyen de le déterminer (expertisé par un tiers commis, proportion au chiffre d'affaires), la vente est nulle comme manquant d'un élément essentiel.

Lorsque le prix n'est pas payé comptant, il est usuellement réglé en billets à l'ordre du vendeur; c'est une question de savoir si ce règlement emporte novation ?

L'intérêt principal de la question, est que la novation éteignant la dette primitive de l'acquéreur pour lui en substituer une nouvelle, le privilège du vendeur qui garantissait le paiement de la première dette se trouve éteint avec elle. (Art. 1278. C. civ.)

On peut dire que la jurisprudence française est aujourd'hui définitivement fixée dans le sens de la négative, (Dalloz. Rep^{re} obligation, n^o 2.416 et suivants). Dans la doctrine cette opinion, longuement développée par Laurent (Code civil, t. XVIII, p. 303 et suivantes) est également adoptée par MM. Lyon-Caen et Renault (1).

Malgré ces autorités nous pensons que la solution contraire est seule exacte. Le règlement d'un prix de vente en billets à ordre emporte novation.

Le raisonnement des adversaires est le suivant : la novation ne se présume pas, la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte (article 1273). Où donc ici

(1) Cf. dans le même sens : Troplong, Priv. et Hyp. Sirey, 17. 2. 270. Merlin. Répre Vo Novation, Dalloz, 1827. 2. 244. Aubry et Rau, IV, p. 218 et Jp. très complète. Lyon-Caen et Renault. *Précis*,

une semblable volonté se rencontre-t-elle ? Le vendeur garanti par un privilège, préférable à tous créanciers chirographaires, consentirait à redevenir leur égal en acceptant un titre qui n'est autre chose qu'un bon de paiement destiné à faciliter l'encaissement de la dette ? On ne doit pas lui prêter une pareille absurdité, et dans le silence de la convention, présumer sans motif une novation dont les parties n'ont pas parlé. Le billet à ordre n'est accepté par le vendeur que « sauf encaissement ». Mais le vendeur reste toujours créancier en vertu de son titre primitif avec toutes les garanties qui y sont attachées (1).

À ces arguments, voici notre réponse : il n'est pas besoin de présumer une novation qui se révèle avec évidence par les règles juridiques qui régissent la nouvelle créance. Le règlement du prix en billets constitue selon nous une novation, mais laquelle ? Bien qu'on l'ait parfois soutenu, il ne peut s'agir d'une novation par changement d'objet. Nous concédons volontiers que c'est toujours la même somme d'argent qui reste due, les billets étant censés « valeur en fonds de commerce ». La novation qui se produit est, à notre sens, une novation par changement de créancier

(1) Paris, 17 juin 1898. *Texier c. Paulandré*. *G. P.*, 13 août 1898. Les billets émis en paiement du prix d'un fonds de commerce ne sont que la représentation matérielle de la créance et ne peuvent avoir pour effet de changer la situation du vendeur, créancier en vertu d'un acte de vente, en celle d'un simple porteur de billets.

Par suite, à moins de stipulation formelle en sens contraire, les billets ne sont pas soumis à la prescription de cinq ans, mais à celle de trente ans.

(article 1271, 3° C. civil). L'acquéreur cesse de devoir à son vendeur. L'engagement qu'il prend en souscrivant des billets négociables ne se superpose pas à l'obligation normale de payer le prix. Il résout, comme par un véritable payement, le lien de droit primitif; l'acheteur n'a plus d'obligation qu'envers le « porteur inconnu » qui présentera le titre au jour de l'échéance.

Cela est si vrai que l'acheteur a le droit de refuser tout paiement au vendeur, tant que ce titre ne lui est pas représenté, ou qu'il ne lui est pas fourni caution par le vendeur contre la présentation ultérieure du titre par un tiers porteur qu'il lui faudrait payer (article 151 et suivants et 187, C. com.).

Et qu'on ne dise pas que le dernier porteur du billet ne fait, en droit, qu'une seule personne avec le vendeur dont il est l'ayant cause. Il est plus que son ayant cause; il a, éventuellement au moins, plus de droits que lui, puisque les exceptions opposables par le souscripteur au vendeur premier bénéficiaire ne le sont pas contre les endosseurs, si elles ne résultent du titre lui-même (Lyon-Caen et Renault. *Manuel*, n° 60).

Que de particularités différencient par ailleurs cette nouvelle dette de celle qu'elle est venue remplacer! Parfois prescriptible par cinq ans, justiciable du tribunal de commerce dans des cas où la première ne l'aurait peut-être pas été, exclusive de tout terme de grâce (articles 189, 636, 157, 187 et suivants, C. com.), toutes ces conditions de fond lui assurent une nature propre. Si l'on suppose

que l'acquéreur ait remis en paiement des billets à lui souscrits, le vendeur dernier endossataire est garanti par la solidarité de tous les signataires du billet ! Cette solidarité, quand elle existe, n'expliquerait-elle pas la renonciation à un fragile privilège de vendeur qui meurt en cas de faillite, au moment même où son utilité se révèle (article 550, C. com.) ? Autre avantage, et que le vendeur peut avoir intérêt à acheter au prix de son privilège : le billet à ordre n'est pas susceptible d'opposition, et le prix réglé en billets sera payé au vendeur nonobstant les oppositions de ses créanciers entre les mains de l'acquéreur (article 149 et 187, C. com.).

On dit que le règlement en billets est soumis à la condition « sauf encaissement », et que faute de paiement, le créancier agira comme vendeur : c'est une inexactitude. Il agira en vertu du billet à ordre qui lui rentrera impayé, et qu'il lui faudra bien invoquer pour poursuivre contre le débiteur les frais de protêt, de dénonciation et de rechange faits par les endosseurs successifs, récupérés par eux contre le vendeur premier endosseur qui aujourd'hui en poursuit le paiement contre son acquéreur, souscripteur des billets !

Telle nous paraît être la vérité juridique ; le plus souvent sans doute, notre solution causera au vendeur impayé quelque surprise ; il n'en reste pas moins vrai que la novation s'est opérée, peut-être à son insu, mais par la force même des choses. En obtenant de l'acquéreur un engagement envers le créancier anonyme porteur du billet à

l'échéance, engagement soumis à des conditions de fond toutes spéciales, le vendeur a peut-être réalisé une novation sans le savoir ; mais la loi a d'ailleurs dans l'article 1278, et sans qu'il y ait à cela aucune contradiction, mis le remède à côté du mal : une réserve expresse peut doter la nouvelle créance des garanties de l'ancienne.

Une clause assez usuelle énonce que « *le prix réglé en billets deviendra exigible en entier en cas de revente du fonds.* »

Cette clause n'est pas transcrite sur les billets à ordre ; peut-elle être cependant invoquée par le dernier porteur et contre qui (1) ? A notre avis, le vendeur, porteur de billets, peut invoquer cette clause d'exigibilité ; les billets signés par l'acquéreur et l'acte de vente où figure notre clause forment une convention unique au respect de laquelle l'acquéreur doit être contraint. L'acte de vente, en indiquant, pour un cas particulier, une exigibilité spéciale, constitue à l'encontre des billets à ordre portant une autre échéance, une contre-lettre pleinement valable entre les parties (art. 1321, C. civ.).

Cette contre-lettre peut également être invoquée contre l'acquéreur par le tiers porteur du billet ; la bonne foi exige que le vendeur cède à ce tiers le bénéfice d'une clause dont lui-même ne peut plus profiter, et qui fait

(1) Nous supposons d'ailleurs que cette revente n'entraîne ni la faillite, ni la déconfiture de l'acquéreur, cas auxquels l'article 444 du Code de commerce s'appliquerait sans difficulté.

partie de la convention, pour novation de laquelle les billets ont été signés.

Mais ce dernier porteur, impayé par l'acquéreur, est sans qualité pour demander son remboursement anticipé aux endosseurs qui le précèdent, y compris le vendeur premier endosseur : entre eux, les endosseurs et endossataires successifs ne sont liés que par les énonciations du titré qui résume leurs droits et leurs devoirs, ces énonciations seules font la loi du contrat d'endossement (1).

En vertu de la même idée, le dernier porteur conservera tous recours utiles en faisant faire le protêt au jour de l'échéance indiquée par le billet, et en le dénonçant dans la quinzaine de ce jour aux endosseurs précédents ; il serait absurde de faire courir ces délais de forclusion du jour de la revente du fonds par le souscripteur, cette revente étant, actuellement du moins, un acte sans publicité légale et que les tiers sont en droit d'ignorer. Si les droits du porteur contre le souscripteur peuvent résulter de conventions extrinsèques et accessoires, liées cependant au titre d'une façon indissoluble, ses droits contre les endosseurs successifs et ses obligations envers eux ne peuvent résulter que du titre même qu'ils lui ont transmis.

En conséquence encore, au moins dans l'opinion qui n'admet pas l'effet novatoire du règlement en billets, le dernier porteur pourrait exercer contre le souscripteur l'action en résolution du vendeur impayé. Dans le même

(1) Trib. comm. de la Seine, journal *La Loi*, 16 février 1897.

ordre d'idées, bien que les billets ne contiennent aucune stipulation d'intérêts, cette stipulation portée dans l'acte de vente seul pourra être invoqué par le porteur des billets en vertu d'une cession tacite et présumée du vendeur premier endosseur.

Obligation de rembourser les loyers avancés par le vendeur au propriétaire de l'immeuble. Sur cette obligation et les difficultés qu'elle soulève, v. *suprà*. *Droit au Bail.*

§ II. — Obligations du Vendeur.

Le droit commun impose au vendeur deux obligations principales : délivrer la chose vendue, en garantir la possession paisible à l'acheteur.

A. *Délivrance du fonds.* — La délivrance consiste dans la remise du fonds vendu en la possession de l'acheteur : elle n'importe pas, en général, au point de vue du transport de la propriété qui s'effectue par le seul effet de la convention (art. 1438, C. civ.). Dans l'usage, le mécanisme d'une vente de fonds de commerce est le suivant : les parties se mettent d'accord sur les conditions fondamentales de la vente, et elles signent alors un acte appelé improprement dans l'usage « compromis » ; cet acte réalise la vente, ou la promesse de vente équivalant à vente, du fonds de commerce ; dès ce jour la propriété du fonds est transférée ; mais, en pratique, ce transport n'affecte pas les marchandises garnissant les lieux.

Jusqu'au jour fixé pour la délivrance ou prise de possession, les marchandises restent la propriété du vendeur, qui en fait son profit. Le compromis stipule usuellement que les marchandises existantes à cette date seront reprises par l'acquéreur suivant inventaire et prisées amiables.

Un auteur a déduit de ces principes une conséquence exagérée (1). Le détournement par le vendeur des objets vendus et dont la propriété a été directement transférée lors du compromis, ferait encourir au vendeur indélicat les pénalités de l'abus de confiance. Le vendeur, dit-on, n'est resté en possession de ces objets qu'à titre de « dépositaire » et la violation d'un contrat de dépôt est constitutive du délit d'abus de confiance (art. 408, C. p.). Cette opinion doit être rejetée sans aucune hésitation. On ne peut, en matière pénale, et pour la commodité de la poursuite, présumer un contrat de dépôt que rien ne révèle dans les faits de la cause. Le vendeur indélicat est resté en possession *à titre de vendeur*, sans que l'acheteur ait eu à lui donner aucune marque de confiance personnelle ; l'acheteur n'a pas eu besoin de déposer entre ses mains ce qui s'y trouvait déjà. S'il y a eu violation d'un contrat, c'est uniquement d'un contrat de vente, et ce contrat n'est pas de ceux que protège la sanction de l'article 408, C. p. (2).

Le même auteur commet une seconde erreur en faisant

(1) Lèbre, p. 86, *contrà*, Garraud, *Droit criminel*, t. V. p. 313.

(2) *Contrà*, Cassation, D. 62. 4. 548.

au fonds de commerce l'application de l'article 1141 du Code civil. Si un fonds de commerce a été vendu à Primus d'abord, ensuite à Secundus qui seul a été mis en possession, dans le conflit de ces deux acquéreurs d'une égale bonne foi, Secundus doit-il l'emporter eu égard à sa possession? Oui, si l'article 1141 s'applique au fonds de commerce. Non, dans l'opinion contraire, qui nous paraît seule exacte.

L'interprétation de ce texte reçue par la doctrine, et aujourd'hui à peu près incontestée, veut que l'article 1141 ne soit qu'un écho et une conséquence de l'article 2279. « En fait de meubles, la possession de bonne foi vaut titre ; par suite le second acquéreur présumé de bonne foi et seul mis en possession effective repoussera victorieusement la revendication du premier acquéreur. » Tel est le sens de l'article 1141 ; par suite son domaine d'application est exactement le même que celui de l'article 2279. Il faut en exclure tous les meubles incorporels dont la transmission peut et doit se constater par titres, et en première ligne le fonds de commerce. En conséquence celui-là devra triompher qui pourra prouver l'antériorité de son titre ; et même, quand l'achat du fonds aura un caractère commercial, cette antériorité pourra être prouvée par témoins, ce qui exclut implicitement l'exigence de la date certaine et l'application de l'article 1328 du C. civil (art. 109, C. com.).

La délivrance du fonds doit avoir lieu avec tous ses accessoires normaux, nécessaires ou même simplement

utiles. Quels sont ces accessoires? C'est une question en principe souverainement tranchée par le juge du fait. Une question particulière soulève cependant un point de droit : *Les livres de commerce font-ils partie du fonds et doivent-ils être délaissés avec lui ?*

C'est, à notre avis, une opinion inexacte que de considérer les livres d'un commerçant comme l'accessoire de son fonds de commerce. Au moment où le commerçant cède son fonds, ses livres ne sont autre chose que les témoins muets, les instruments de contrôle d'une gestion qui prend fin. Ils sont pour le commerçant des moyens de justification envers ses créanciers ; ils démontrent la régularité de ses opérations ; ils constituent pour lui contre les autres commerçants des titres de créance ou de libération ; la cession du fonds de commerce n'entraînant pas la cession des dettes et des créances du cédant, n'en résulte-t-il pas que ces titres de créances non recouvrés, ces preuves des paiements effectués, doivent rester son entière propriété ?

Il faut même dire que la propriété des livres de commerce est une propriété strictement personnelle, une propriété protégée par un principe légal de secret et de discrétion. La remise des livres aux mains des tiers n'est permise que dans quatre cas limitatifs parmi lesquels le cas de vente du fonds n'est pas prévu (article 14, C. com.). Et si cette remise était la conséquence nécessaire de la vente du fonds, il en résulterait la divulgation dangereuse non seulement des affaires faites par le commerçant dans

le fonds cédé, mais encore celle de ses actes purement civils, des prêts consentis à des amis, des dots constituées aux enfants, des sommes dépensées chaque mois pour les besoins personnels du commerçant, — toutes mentions qui sont nécessairement portées sur les livres (art. 8, C. com.). Leur remise aux mains de l'acquéreur mettrait à la discrétion de celui-ci la connaissance de faits intéressant des tiers qui n'étaient pas clients de la maison cédée, et figurent sur les livres à des titres tout différents; celui-ci serait mis au courant de toute la vie de son cédant, alors qu'il ne peut, en bonne logique, prétendre à connaître que ce qui a un rapport direct avec l'exploitation du fonds cédé. — Par suite, la « représentation » des livres aux fins d'en extraire la *liste des clients* de la maison nous paraît un droit suffisant pour l'acquéreur. Par cette « représentation » qui est d'ailleurs de droit commun (art. 15, C. com.), l'obligation de délivrer « l'achalandage » recevra toute l'exécution dont elle est susceptible.

Dans la théorie du Code civil, et sauf les exceptions légales, la propriété des meubles incorporels se transfère *erga omnes*, par le seul effet de la convention. Il en sera ainsi même si le fonds de commerce est établi dans un immeuble spécialement aménagé en vue de son exploitation. Nous avons vu *suprà* que le fonds de commerce ne peut, en tant qu'individualité juridique, devenir immeuble par destination : il en résulte que la propriété du fonds de commerce sera transférée suivant la règle de

l'article 1438; et que celle du fonds immobilier auquel il est rattaché ne le sera, à l'égard des tiers, de la loi de 1855, qu'après une transcription régulière. Cette solution est certaine en droit positif : la loi n'a pas permis au fonds de commerce d'emprunter la nature des immeubles; par contre elle n'autorise jamais à traiter un immeuble suivant les règles de la propriété mobilière. Il résulte de ce double principe que l'unité de ce fonds de commerce sera brisée au moment de son aliénation, par le respect nécessaire de la distinction surannée des biens en meubles et immeubles. Nous avons vu, dans un précédent chapitre, ce qu'on peut penser de cette solution, au point de vue du droit à venir, et la modification heureuse qu'elle pourrait recevoir.

B. *Obligation de garantie*. — Nous ne traiterons ici que de la *garantie de droit*. La garantie, de fait, celle qu'impose l'exigence, la fantaisie ou le caprice de l'acquéreur peut prendre les formes les plus diverses : garantie d'un certain chiffre de ventes dans la première année, d'une moyenne d'affaires pendant le premier mois à peine de résiliation (1), etc... Toutes ces conventions sont possibles et elles s'interprètent suivant le droit commun. Ce

(1) *G. P.*, 22 mars 1897, Paris, 7^e Ch., 3 mars 1897. *Fernande c. German*. Lorsque le vendeur d'un fonds de commerce a garanti à l'acheteur un minimum de recettes, cette stipulation, bien qu'elle n'ait pas été accompagnée d'une clause spéciale, n'en est pas pour cela dépourvue de sanction et peut donner lieu à une action en dommages-intérêts ou en diminution de prix.

qui est plus intéressant, et d'une portée plus générale, c'est de rechercher les règles de la garantie de droit, les sauvegardes spéciales de *tout acquéreur* d'un fonds de commerce.

Ces règles spéciales se réfèrent à la *garantie de l'achalandage*. Le vendeur accomplit à ce point de vue son obligation de délivrance en révélant à son acquéreur les noms et adresses de ses principaux clients ; parfois une clause spéciale lui impose de leur présenter son successeur et, à cette fin, de rester avec lui dans le fonds pendant un certain temps. Cette transmission est simple et ne peut donner lieu à difficultés. Mais parfois le vendeur prétend à se rétablir ; cela lui est-il permis et n'enlève-t-il pas à son acquéreur, en se rétablissant, l'achalandage qu'il lui a cédé ?

Sur ce point, la controverse a été vive ; aujourd'hui on peut la considérer comme éteinte. Le vendeur qui se rétablissait, invoquait à son profit le principe de la liberté du commerce et l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 : « Je n'ai pu, disait-il, renoncer, en vendant mon fonds, à cette faculté de droit public qui assure à chaque citoyen le libre exercice de la profession qu'il choisit. Je vous ai vendu mon fonds ? Faites-le valoir ! Mais j'ai conservé le droit d'en fonder un nouveau à la porte même de l'ancien. » Cet argument, tiré de la loi de mars 1791, était sans portée, et montrait seulement, une fois de plus, l'habileté familière au plaideur de mauvaise foi qui couvre d'un principe de droit public travesti, le mépris, la violation des droits qu'il a conférés et qu'il s'est engagé à res-

pecter. La loi de mars 1791, abolitive des corporations, en assurant à chacun le droit de choisir sa profession et de l'exercer librement, n'annulait implicitement que les conventions tendant à centraliser entre les mains de certaines individualités juridiques, personnes ou sociétés, un monopole analogue à celui des anciens corps de métiers. Où donc se révèle, dans la convention qui nous occupe, une intention aussi subversive ?

La jurisprudence a fait justice de ce raisonnement (1). La convention ou la décision de justice restrictive de la liberté de commercer qui ne se propose que d'assurer, en un certain temps et en un certain lieu, l'exploitation de l'achalandage cédé, cette décision ou convention échappe à toute critique ; elle n'est qu'une application très juste des principes de la garantie. C'est une solution qui va de soi, une « garantie de droit » que le juge doit suppléer dans le silence de la convention (2). Le juge a, en effet, le devoir précis de réprimer tout acte par lequel le vendeur évince son acquéreur de ce qu'il lui a cédé. La seule question, dans une pareille demande, est de savoir si l'éviction alléguée est réelle.

(1) Cassation Requêtes. *G. P.*, 9 février 1898. Ville de Roubaix contre Magasins généraux de Paris. Le principe de la liberté du travail et de l'industrie ne fait point obstacle à ce que les parties s'imposent conventionnellement certaines restrictions dans l'exercice de cette liberté : de semblables stipulations ne sauraient être considérées comme illicites qu'autant qu'elles seraient générales et absolues quant au temps et quant aux lieux.

(2) *G. Pal.*, Cassation, 86. 1. 719. 91. 2. 332.

Cette difficulté même n'existera pas le plus souvent. Les parties auront précisé le lieu et le temps auxquels s'applique l'interdiction de s'établir. Cette convention devra toujours s'appliquer à la rigueur : elle est licite et s'impose aux juges comme aux parties. Le vendeur ne peut même utilement prétendre que la fermeture du fonds qu'il avait vendu lui a rendu toute sa liberté. Le fonds de commerce n'existe plus pour le moment ; mais son achalandage subsiste : c'est la collectivité des clients qui peuvent lui revenir s'il est exploité à nouveau. Cette chance de gain, cédée par le vendeur, ne peut être reprise par lui aussi longtemps que son acquéreur et ses ayants cause en réclament le respect.

L'interdiction de se rétablir doit être aussi vaste que l'achalandage qu'elle protège. Si donc cet achalandage est réparti sur le monde entier, si la marque, si le nom commercial cédés jouissaient en fait d'une réputation universelle, l'interdiction de se rétablir aura, *quant au commerce cédé*, une portée absolue (1).

(1) *G. P.*, 4 mars 1898. Paris, Nordenfelt c. Nordenfelt, arrêt du 12 janvier 1898. Si, aux termes de l'art. 7 de la loi des 2-17 mars 1791, les conventions qui interdisent l'exercice d'un commerce ou d'une industrie sont nulles comme ayant un objet illicite, c'est à la condition que l'interdiction soit générale et absolue. Elles sont valables, au contraire, quand la renonciation à l'exercice d'un certain commerce ou d'une certaine industrie, quoique perpétuelle, est restreinte à un lieu déterminé ou que, s'étendant à tous les lieux, elle est renfermée dans un certain laps de temps.

Spécialement, celui qui, ayant cédé une industrie, s'est engagé, vis-à-vis de son acquéreur, à ne pas exercer cette industrie pendant

Dans la majorité des cas, au contraire, la convention ou le juge, fixeront un périmètre en dehors duquel le vendeur aura toute liberté de se rétablir. Toute incursion sur le terrain réservé devrait être réprimée, mais il faut à ce point de vue faire une précision : ce qui est interdit au vendeur, c'est de venir faire acte de commerce dans le périmètre réservé. Il ne peut en conséquence venir y solliciter ses anciens clients, par lui-même ou par courtier, ou même chercher à en acquérir de nouveaux, mais si, spontanément, les uns ou les autres lui envoient des commandes, il a le droit d'effectuer la livraison dans le périmètre interdit. Cette livraison, exécution d'un contrat licite, est licite comme lui (1).

Le calcul du périmètre interdit a parfois donné lieu à des controverses de détail. Doit-on le calculer en suivant les rues qui conduisent au fonds, ce qui conduit à des difficultés sans nombre ou bien le mesurer à vol d'oiseau ? La simplicité de cette dernière solution nous la ferait préférer (2).

une période de vingt-cinq années, ne saurait prétendre que cet engagement est nul comme constituant, en raison de son âge, une interdiction perpétuelle, alors qu'il était âgé de quarante-six ans au moment où il contractait son obligation, et qu'il peut être à juste titre présumé devoir vivre dix ou quinze ans au moins après l'expiration du délai d'interdiction.

Il ne saurait davantage prétendre que l'interdiction qui lui a été faite d'exercer ladite industrie dans le monde entier serait nulle comme étant absolue quant au lieu, alors qu'il est constant que ladite industrie s'étend à tous les pays.

(1) Cour de Paris. *G. Palais*, 8 mai 1898. Sachot c. Gagnepain.

(2) S., 81. 2. 134.

Il va de soi que l'interdiction porte sur les commerces qui ont un lien de similitude avec le commerce cédé, soit par les marchandises vendues, soit par la clientèle recherchée (1). Cette similitude est appréciée souverainement par les juges du fait.

Si l'acte de vente autorise le vendeur à se rétablir à une distance déterminée, il n'en résulte pas forcément qu'il puisse se rétablir sous son nom. Si son nom patronymique est devenu un nom commercial, il ne peut ouvrir une nouvelle maison sous le nom de l'ancienne. Tenu à garantir la propriété du nom cédé, il ne peut en faire aucun usage susceptible de créer une confusion. La propriété du nom commercial, de la marque, de l'enseigne cédés, est absolue et doit être respectée. C'est une conséquence du caractère privatif et exclusif de la propriété. Par suite il devra différencier son personnel par des distinctions convenables et de nature à empêcher toute confusion préjudiciable à son acquéreur.

A qui est opposable l'interdiction de se rétablir ?

On peut dire, de la façon la plus générale, que l'interdiction de se rétablir, conventionnelle ou judiciaire, n'est qu'une forme particulière de la garantie, une obligation spéciale au vendeur du fonds de commerce. Mais par cela même il faut décider que seul le vendeur et ses ayants cause sont tenus de cette obligation, née d'une convention

(1) Rouen (cour de). *G. P.*, 30 juillet 1897. Venambre c. Duponchel.

qui n'est opposable qu'aux seules parties y figurant. Ce principe de droit, et de bon sens, va nous donner la clef d'une série de difficultés.

Il va sans dire, tout d'abord, que l'interdiction de se rétablir défend au vendeur non seulement le rétablissement franc et ouvert, fait sous son nom et annoncé par des actes de gérance personnelle, mais encoré l'ouverture d'un établissement concurrent dont il ferait les fonds, et dont la gestion apparente ou même réelle serait confiée à un tiers. Dans tous les cas, le vendeur serait passible de dommages-intérêts, et nous verrons plus bas que si les tiers gérants du fonds n'étaient que les hommes de paille destinés à masquer la fraude du vendeur, la fermeture du fonds pourrait même être ordonnée : « ne pas faire de près ou de loin concurrence à son acquéreur », telle est la formule précise des obligations du vendeur, au point de vue de la garantie.

Le vendeur d'un fonds de commerce propriétaire d'immeubles dans le voisinage de son ancien fonds peut-il faire, dans ces immeubles, bail à des commerçants concurrents qui y ouvriraient boutique et feraient concurrence à son acquéreur ? Non — selon nous — si du moins le voisinage de ces immeubles est tel, que l'exploitation de ces commerces puisse nuire à l'acquéreur du fonds. Ceci admis et vérifié en fait, le vendeur est tenu à faire cesser ce trouble ; cette obligation se résout en dommages-intérêts, pour le cas où la fermeture des établissements concurrents ne peut être ordonnée, leurs propriétaires n'étant

pas de simples prête-noms du bailleur. En effet, au point de vue économique, le contrat de bail litigieux se résout en une sorte d'association, où le propriétaire apporte la jouissance des lieux loués et affectés par lui à un commerce qu'il n'a plus le droit de faire en personne. Il le fait exercer par un tiers et touche un forfait, une part fixe dans les bénéfices, sous forme de loyers. C'est encore là un détournement indirect de l'achalandage cédé à l'acquéreur (1).

L'obligation de garantie, l'interdiction de se rétablir s'imposent avec la même étendue à tous les successeurs *in universum jus* du vendeur ; cette obligation étant indivisible doit être intégralement exécutée par chacun, même par les héritiers sous bénéfice d'inventaire, sans d'ailleurs qu'il doive y avoir solidarité entre les successeurs du vendeur.

La femme du vendeur, non partie à la vente, peut-elle dans le périmètre interdit ouvrir un fonds analogue à celui cédé par son mari ? Nous supposons bien entendu qu'elle agit seule dans la gestion du fonds, et même qu'elle ne crée pas, en usant du *nom* de son mari, une confusion déloyale entre les deux maisons. Ceci admis, nous ne voyons pas de solution unique à la question : il faut distinguer suivant la loi qui régit les rapports pécuniaires du vendeur et de sa femme.

(1) En ce sens : *Le Droit*, feuille du 3 octobre 1866. Jgt du tribunal de la Seine du 19 juillet 1866. En sens contraire : S. 79. 1. 351. 78. 2. 318 ; dans cette dernière espèce aucune concurrence sérieuse n'était d'ailleurs relevée par le juge.

Sous le régime de communauté légale ou réduite aux acquêts, le fonds de commerce ouvert par la femme n'a pu l'être qu'à la faveur d'une mise de fonds provenant des deniers personnels du mari ou de la communauté dont il est le chef (1). La responsabilité du mari vendeur est engagée puisqu'il a pris en définitive, comme associé occulte, part à la fondation d'un commerce concurrent. La responsabilité personnelle de la femme est au contraire hors de cause : elle n'a pas été engagée personnellement à la garantie promise par son mari ; elle subira seulement comme commune en biens, le contre-coup des condamnations pécuniaires de celui-ci, et la fermeture du fonds ne pourra être ordonnée contre elle. Cependant, et lors de la dissolution de la communauté, la femme qui accepterait cette communauté, s'obligerait personnellement à la garantie contractée par le mari, et même, elle ne pourrait se prévaloir de son bénéfice d'émolument à l'encontre de cette obligation indivisible par nature.

Il en est de même encore sous ces deux régimes au cas où le fonds est acquis à la femme avec les deniers qui lui sont propres. Les propres de la femme sont en effet soumis au droit de jouissance et d'administration du mari ; s'il utilise ce droit pour reprendre, par lui-même ou par sa femme, l'achalandage qu'il a cédé, il est personnellement

(1) En effet sous ces régimes la femme n'a jamais d'argent à elle : toutes les valeurs mobilières qui lui appartiennent, si elles ne tombent pas en communauté, sont grevées du quasi-usufruit de cette dernière. (*V. infra*).

tenu des conséquences de cet acte d'administration. Même solution pour le cas où l'achat du fonds par la femme a eu lieu aux dépens de la dot mobilière sous le régime dotal. Ici encore cet achat fait par la femme cache un acte d'administration personnel au mari, et dont celui-ci doit répondre (1).

Quid, sous les régimes de séparation de biens ? Les motifs précédents font défaut et ne justifient plus ici la responsabilité du mari. Sous ces régimes, la femme a l'administration de ses biens ; elle peut même aliéner ses meubles sans l'autorisation de son mari ; elle peut, seule, fournir à un tiers les deniers nécessaires à l'ouverture d'un fonds dans le périmètre interdit, monter elle-même un pareil fonds et le céder aussitôt. Ces actes, même s'ils sont immoraux, sont réguliers ; l'autorisation du mari ne lui est nécessaire que si elle veut vivre professionnellement de la vie commerciale, gérer elle-même le fonds litigieux ; « devenir marchande publique (2) ». Le fait seul d'avoir donné cette autorisation engage-t-il la responsabilité du mari ?

La négative nous paraît probable. D'une part et par hypothèse, le mari n'a personnellement fait aucun acte

(1) Certains contrats de mariage obligent dans *tous les cas* la future épouse à ne faire aucune concurrence au cessionnaire du commerce du mari. Cette stipulation en faveur d'un tiers est pleinement valable (art. 1121) ; elle présente un caractère d'honnêteté qui doit en faire désirer la vulgarisation.

(2) Doctrine constante. Lyon-Caen et Renault. *Manuel*, p. 64.

de concurrence directe ou indirecte à son acquéreur, et c'est, par ailleurs, un principe de droit, que celui qui « autorise » n'engage en aucune façon sa responsabilité personnelle envers les tiers ; il ne joue que le rôle d'un conseiller légal dont le devoir étroit est d'apprécier l'intérêt bien entendu de l'incapable ; l'autorisation qu'il donne en cette qualité est un acte impersonnel, une déclaration de pure raison qu'il fait pour obéir à la loi et protéger l'incapable. Si l'affirmative devait triompher, il faudrait également interdire au tuteur vendeur en son nom personnel d'un fonds de commerce, de poursuivre l'émancipation de son pupille mineur, alors du moins que celui-ci a l'intention de s'établir là où son tuteur ne le pourrait plus ? Il faut en un mot, faire supporter aux incapables l'obligation de garantie dont leur protecteur légal est grevé. Nous ne pouvons nous y résoudre : il y a présomption légale que le seul intérêt de l'incapable, mineur ou femme mariée, a guidé le jugement de son conseil, et l'accomplissement d'un devoir ne peut être pour ce conseil le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts. On ne saurait même alléguer, contre cette solution, que le mari d'une femme séparée de biens profite de la concurrence faite par sa femme à l'acquéreur de son fonds de commerce. La femme se borne à payer sa part des dépenses du ménage, suivant une proportion qui varie avec les régimes (séparation de biens contractuelle ou judiciaire) : il ne résulte de cette contribution aux charges du ménage

aucun enrichissement, aucune acquisition, aucun bénéfice définitif pour le mari.

L'obligation de garantie incombant au vendeur, lui interdit également d'apporter chez un concurrent de son acquéreur, à titre de courtier, ou même de simple préposé à la vente, tout ou partie de la clientèle par lui cédée ; le dommage causé obligerait le vendeur à indemnité, même si cette entrée dans une maison rivale était la conséquence du mariage de la venderesse du fonds avec la propriétaire de cette dernière maison rivale (1) ; mais, en principe, l'obligation de garantie resterait personnelle au vendeur du fonds, sans que le propriétaire de la maison rivale où ce vendeur est entré pût être recherché (2). Il n'a pas à respecter une convention à laquelle il est étranger.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que l'acquéreur du fonds pût revendiquer contre son concurrent l'achalandage dont il est cessionnaire, et se prévaloir contre lui d'un droit réel opposable à tous par le seul fait de son existence. Or, si l'achalandage constitue bien une propriété, c'est cependant une propriété que ne peut sanctionner aucune action réelle. Qui donc pourra dire d'un client ce que le revendeur dit de la propriété revendi-

(1) Cette hypothèse s'est présentée à notre connaissance personnelle devant le Tribunal de commerce de la Seine qui a sanctionné le principe posé au texte.

(2) Dans l'hypothèse de mariage précisé au texte, si la dette mobilière de garantie tombait en communauté, le mari pourrait être poursuivi suivant des distinctions analogues à celles que nous avons posées plus haut.

quée : « Cette chose est à moi et à moi seul ? » L'achalandage, nous l'avons dit, c'est une chance d'affaires, variable à l'infini ; quand elle a fait l'objet d'une cession, sa nature même se rénove par cette cession ; c'est une propriété qui ne vaut que par l'usage qu'en fait son titulaire, usage dont le profit utile est limité par la loi de la libre concurrence. A la différence de la propriété corporelle, la propriété d'un achalandage est librement battue en brèche par tous les commerçants rivaux. La limitation à ce droit de concurrence ne peut résulter que d'une obligation de garantie volontairement contractée et qui ne lie que ceux qui y sont parties.

Le fait de s'assurer, dans un but de concurrence évident, un concours déjà acquis à d'autres personnes ne saurait constituer un fait de concurrence déloyale et frauduleuse : j'ai le droit d'acquérir à prix d'or ce qui a été déjà promis et vendu à un autre, sauf à celui-ci à faire valoir contre moi son droit de préférable propriété. S'il n'en peut invoquer un, je le renvoie à se pourvoir par voie d'action purement personnelle contre son co-contractant, je n'ai pas à exécuter une convention où je n'ai pas été partie (1).

Dans tous les cas où le vendeur a manqué à son obligation de garantie, les tribunaux peuvent ordonner *etiam manu militari* la fermeture du fonds litigieux : ce n'est pas là imposer au défendeur en violation de l'article 1142,

(1) S. 68. 2. 146.

un acte de contrainte personnelle : ce texte n'a pas d'autre portée que de réduire à des dommages-intérêts, les moyens de contrainte contre le débiteur qui s'est engagé à un acte dépendant exclusivement de sa volonté (par exemple, peindre un tableau, faire un voyage); ici au contraire, la nature des choses permet de donner au demandeur une satisfaction absolue ; le vœu de la loi est de la lui assurer.

Qui peut invoquer la garantie?

D'abord l'acquéreur du fonds : c'est l'évidence. *Quid* des sous-acquéreurs ? A... vend un fonds à B... qui le vend à C... ; A... se réablit et viole ainsi son obligation de garantie, C... a-t-il contre A... un droit à faire valoir cette obligation ? Oui, selon nous. B... en lui cédant son fonds lui a fait implicitement cession de tous les droits accessoires du fonds, et notamment de sa créance de garantie contre A...

Le fait illicite de A... peut-il autoriser C... à recourir en garantie contre son cédant direct B... ? Dans la matière des cessions de droit réel l'acquéreur évincé de la propriété vendue par l'action d'un ancien propriétaire à un recours contre son propre cédant qui lui a cédé une propriété dont le titre est incertain — le cédant doit alors prendre le fait et cause de son cessionnaire. (art. 182 C. proc.) — La matière de notre espèce est toute différente ; la question de propriété du fonds vendu n'est pas en jeu ; il s'agit seulement de statuer sur les

conséquences d'une violation de la clause de garantie, cédée à C... par B... à l'encontre de A..., Dans le procès pendant entre C... et A... et où C... exerce la créance de garantie que lui a cédée B..., ce dernier est libre d'intervenir mais on ne peut l'y forcer (art. 183, C. proc.). Vendeur d'une créance, il n'est tenu qu'à en garantir l'existence au jour de la cession, et nullement l'exécution par le débiteur cédé (art. 1694, C. civil.) Dans le silence de la convention, si l'interdiction de se rétablir existait au profit de B... contre A..., en en cédant implicitement le bénéfice à C..., B... a fait tout ce qu'il devait faire, il ne peut être valablement mis en cause que s'il a cédé expressément à C... un droit sans existence, A... s'étant, par exemple, formellement réservé dans son acte de vente le droit de se rétablir (1).

(1) Il faut même dire que l'interdiction de se rétablir s'impose sans distinction, avec la rigueur que nous venons de voir, à *tout vendeur* d'un fonds de commerce, qu'il s'agisse d'une vente amiable ou forcée. C'est ainsi que le failli dont le fonds a été vendu, requête et diligence du syndic, n'est pas fondé à faire concurrence à l'acquéreur de ce fonds. Vainement le failli objecterait-il qu'il n'a pas été partie à la vente et n'est par suite tenu d'aucune des obligations qui en résultent : il a été valablement représenté par le syndic, dont les engagements sont devenus les siens.

Cette solution présente des analogies frappantes avec l'opinion, prévalante aujourd'hui en jurisprudence, et d'après laquelle le saisi est tenu à garantir l'acquéreur de son immeuble saisi immobilièrement et vendu à la requête de ses créanciers : les justifications des deux solutions sont identiques : partie nécessaire à la procédure d'exécution, le saisi ou le failli est un véritable vendeur ; pour lui être imposée par justice, la vente, à laquelle il est partie, garde ses

L'interdiction de se rétablir, par la multiplicité des difficultés qu'elle soulève et le grand nombre des litiges qu'elle engendre chaque année, se révèle donc comme la forme vivante de la garantie en matière de vente de fonds de commerce ; il faut en maintenir avec fermeté le respect, même dans le silence de la convention dont elle constitue une *naturelle*, une clause normale. Il faut la maintenir même quand les parties lui ont donné une formule trop absolue et susceptible d'en entraîner l'annulation, mais en l'interprétant dans un sens plus limité qui permet de la valider ; si le texte du contrat résiste par trop à cette interprétation indulgente, il y a lieu sans aucun doute, non pas à l'annulation de la seule clause de garantie litigieuse (*contra* Lèbre, p. 103.) mais à l'annulation de la vente tout entière, en vertu du principe d'indivisibilité des contrats à titre onéreux, principe formulé par l'article 1172 du Code civil.

L'interdiction de se rétablir doit être maintenue avec une rigueur toute spéciale contre l'associé qui, ne s'étant pas, lors de la liquidation, rendu acquéreur du fonds exploité par la Société, prétend créer une concurrence à l'associé ou au tiers acquéreur de ce fonds. Tous les associés sont, en tant que vendeurs, tenus à la garantie solidaire envers l'acquéreur du fonds social (1).

caractères naturels, et la garantie de l'achalandage est au moins un « naturelle » des ventes de fonds.

En ce sens Trib. civil de Nantes, 6 juin 1898. *G. Pal.* 3 nov. 1898.

(1) Cass. Req. Moreteau c. Floccard, 18 juin 1897. *Gaz. Pal.*, du

Mais si, par suite d'un commun accord, il a été procédé au partage en nature entre tous les associés de tous les biens de la société, sans qu'il ait été rien statué sur l'achalandage, chacun des associés garde le droit personnel de se rétablir, il n'y a plus lieu à garantir l'achalandage d'un fonds de commerce anéanti.

§ III. — Obligations de l'acheteur.

Les obligations de l'acheteur se résument à prendre possession du fonds et à payer son prix.

a) *Prise de possession.* — Le jour où la prise de possession doit avoir lieu est généralement fixé par la convention. S'il ne l'a pas été, elle doit avoir lieu dans un délai moral, et conforme aux usages commerciaux. En l'absence d'un terme exprès « convenu pour le retirement », le vendeur doit mettre l'acquéreur en demeure d'entrer en possession, et faute par lui de déférer à cette sommation, il peut poursuivre la résolution de la vente avec dommages-intérêts (art. 1184, C. civil).

S'il a été fixé par la convention un terme exprès pour

7 juillet 1897. Les juges du fonds apprécient souverainement qu'il y a manquement à l'obligation de garantie, que comporte pour deux anciens associés, vis-à-vis de l'acquéreur du fonds de commerce dépendant de leur société en liquidation, la vente de ce fonds consentie avec la clientèle et l'achalandage et sous la garantie de droit commun, dans le fait par l'un desdits vendeurs d'avoir, le jour même de l'entrée en jouissance de l'acquéreur, créé un établissement voisin, et de même nature que le fonds vendu.

la prise de possession, faute par l'acquéreur de se livrer au jour convenu, le vendeur peut-il considérer la vente comme résolue de plein droit, en vertu de l'article 1657, C. civil, et vendre le fonds à un nouvel acquéreur ?

A notre sens, ni le texte ni les motifs de l'article 1657 ne justifieraient cette solution : tout d'abord le texte ne s'occupe que des ventes de « denrées et effets mobiliers », termes qui s'appliquent mal au fonds de commerce ; le mot « effets » prenant, par son pluriel même, le sens quelque peu méprisant de « choses périssables, sans valeur particulière. » Un fonds de commerce n'est ni une *denrée*, ni un *effet mobilier* quelconque ; c'est, nous le savons, un bien d'une valeur et d'une nature très spéciales ; c'est, d'autre part, un bien qui, sans doute, fait l'objet de transactions de plus en plus fréquentes, mais qui cependant ne rentre pas dans la classe de ces marchandises périssables, destinées à être vendues à bref délai, et en vue desquelles paraît avoir été écrit l'article 1657 : pour de semblables biens, il faut que la défaillance d'un acheteur laisse de suite le champ libre à un autre, sinon, et avant que le juge ait pu prononcer la résolution de la première vente, la marchandise laissée en souffrance deviendra invendable par vétusté. La valeur d'un fonds de commerce est moins sujette à dépréciation. Il résulte de tout ceci que, même dans l'hypothèse d'un terme convenu pour le retirement, le vendeur ne peut revendre le fonds cédé qu'après avoir obtenu la résolution judiciaire de la vente

inexécutée par l'acheteur, et sauf au juge à suspendre sa décision pendant un délai de grâce (art. 1184).

Ajoutons à l'appui de notre opinion que le législateur a formellement voulu laisser les ventes commerciales — telle sera le plus souvent la nature de notre contrat — en dehors des prévisions de l'article 1657 (Maleville, vol. III, p. 404) : un incident des travaux préparatoires est formel en ce sens.

b) *Payement du prix.* — Le prix du fonds n'est pas en général payé intégralement comptant : il est réglé en billets à échéances variables. Une clause usuelle porte que « faute d'un seul paiement à échéance la totalité sera exigible, et que, faute de satisfaction, la vente sera résolue de plein droit si bon semble au vendeur. » L'acheteur peut néanmoins payer tant qu'il n'a pas reçu de mise en demeure (analogie, art. 1656, C. civ.); la solution contraire doit être admise s'il est dit dans la convention que la résolution « aura lieu de plein droit et sans sommation » : *dies interpellat pro homine*. Il reste d'ailleurs au choix du vendeur de poursuivre s'il le préfère le paiement du prix.

Une clause, également usuelle, stipule que *la totalité du prix deviendra exigible en cas de revente du fonds cédé*. Cette revente en effet fait disparaître la plus importante sûreté du vendeur, et, si elle est faite à des conditions normales, doit permettre à l'acquéreur de désintéresser son propre cédant avec le prix qui lui est payé par le nouvel acquéreur : tels sont les motifs de cette

clause qui doit s'exécuter selon sa forme et teneur; quelles que soient la forme et la cause de la revênte et quelle que soit la personnalité de l'acquéreur.

En particulier la cession du fonds par voie *d'apport à une société commerciale* rendrait la totalité du prix exigible : le fonds de commerce sort par cette cession du patrimoine de l'acquéreur et devient en première ligne le gage des créanciers sociaux, qui priment sur l'actif social les créanciers personnels des associés, au nombre desquels est le vendeur impayé.

Quid de l'apport en communauté par l'acquéreur qui se marie ? Y a-t-il là une cession rendant le prix exigible ? Ici encore des distinctions doivent être faites.

α. *Le fonds de commerce impayé est apporté en communauté par le mari.* — Cet apport ne rend pas selon nous le restant du prix exigible : en effet la communauté n'est pas une personne morale, ayant ses créanciers propres et dans le gage desquels vienne tomber le fonds de commerce. Les créanciers du mari et de la communauté sont les mêmes ; le patrimoine du mari et celui de la communauté se confondent pendant le mariage, et, par suite, dans l'opinion contraire à la nôtre, l'apport en communauté constituerait une cession dont on ne pourrait découvrir l'acquéreur, le mari ne pouvant se céder à lui-même ce qu'il possède déjà. Sans doute, par le fait du mariage, l'apport du mari pourra être grevé de nouvelles dettes, provenant du chef de la femme, mais il n'a pas été stipulé que le seul fait par l'acquéreur de con-

tracter de nouvelles charges dût rendre la totalité du prix exigible.

β. *L'apport en communauté du fonds partiellement impayé émane de la femme.* — Le fonds de commerce apporté en communauté change ici de propriétaire. Il devient le bien du mari qui exerce sur les biens communs tous les droits d'un véritable propriétaire; la gestion du fonds va lui être remise. Quelle valeur prendra-t-il entre ses mains? Tous les éléments d'une véritable cession se rencontrent ici: la totalité du prix doit devenir exigible.

Sous les régimes de communauté conventionnelle la même solution doit prévaloir, quand le fonds de commerce exclu de la communauté, est tombé cependant dans le gage des créanciers communs, et est devenu, au regard des tiers, la propriété du mari faite d'un état ou inventaire en forme des apports (article 1499 et 1504, Code civil).

La clause d'exigibilité du prix en cas de revente doit-elle s'appliquer quand la vente consentie par l'acquéreur a été suivie d'une résiliation ou d'une résolution? La distinction contenue dans la question même, doit, selon nous, servir à la résoudre.

Aussi longtemps que la vente convenue n'a pas été suivie d'une mise en possession, elle n'est qu'une convention, un acte juridique émanant d'un consentement qu'un accord contraire peut détruire. Si cet accord intervient *rebus adhuc integris*, — le gage du vendeur n'a, en fait, subi aucune modification — l'acquéreur n'est pas devenu

créancier d'un prix qui lui permette de s'acquitter envers son vendeur. Tout concorde pour que le prix ne devienne pas immédiatement exigible lorsque la vente de fonds a été *résiliée*.

Si au contraire la vente a été exécutée par la mise en possession de l'acheteur, et qu'elle soit ensuite *résolue* à l'amiable ou par justice, elle n'en a pas moins eu une existence certaine, manifestée aux tiers intéressés, — le gage du vendeur a changé de mains — son acquéreur est devenu créancier d'un prix. Les deux motifs qui expliquent la clause d'exigibilité, en justifient ici l'application rigoureuse. D'autant que la résolution judiciaire ou amiable présuppose le non-paiement du prix par le nouvel acquéreur, et la gestion malheureuse du fonds de commerce par celui-ci. L'intérêt du premier vendeur à un paiement immédiat apparaît dès lors aussi évident que son droit.

Quid s'il a été inséré dans l'acte de revente une condition résolutoire expresse (vente à réméré)? Pendente conditione, cette convention se présente comme une vente pure et simple, résoluble sous condition ; cette vente dès à présent existante doit produire tous ses effets, et rendre la totalité du prix exigible. Mais après l'arrivée de la condition, le créancier qui n'aurait pas agi *pendente conditione* serait non recevable à faire valoir cette clause. L'arrivée de la condition a eu pour effet de tout remettre au premier état.

Sûretés du vendeur impayé. — Le vendeur d'un fonds de commerce jouit, en théorie, des sûretés du droit com-

mun. Le prix étant en règle payable en partie à terme, le *droit de rétention* ne trouve à s'exercer que pour sûreté de la partie du prix stipulée immédiatement exigible.

En cas de faillite survenant avant la délivrance, la totalité du prix devient exigible (article 1188, Code civil), et le vendeur peut garder par devers lui le fonds vendu (article 577, Code com.).

En pratique c'est toujours contre la faillite de son acquéreur que le vendeur impayé est appelé à exercer ses droits, les autres créanciers ayant intérêt à la faire déclarer, puisqu'elle anéantit le privilège du vendeur (article 550, Code com.), et par *a fortiori*, le droit de revendication de ce vendeur qui a consenti la délivrance du fonds (articles 576, 577).

Un arrêt de la cour de Nancy décide : « L'article 550, Code com., ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action en résolution de la vente d'un fonds de commerce, intentée *antérieurement à la faillite* contre le débiteur *in bonis*, mais jugée postérieurement (1).

Cette solution, si elle était exacte, nous ferait au moins

(1) Nancy, Bretenacker c. Henrion, 11 novembre 1897. *G. Pal.*, 28 décembre 1897, 3°. Si l'art. 550, C. com. interdit contre la liquidation judiciaire l'exercice du privilège et du droit de revendication établis par l'art. 2102, C. civ. au profit du vendeur d'effets mobiliers, et par une conséquence nécessaire celui du droit de résolution, ce n'est qu'autant que l'action du vendeur serait exercée à l'encontre de la liquidation ; mais cette disposition ne saurait s'appliquer au cas où l'instance a été introduite avant le jugement déclaratif de la liquidation par le vendeur non payé contre le débiteur encore *in bonis* et ayant pleine qualité pour y défendre.

connaître *un cas où le vendeur impayé d'un fonds de commerce pourrait utilement exercer son droit de résolution à l'encontre de la masse*. Mais deux raisons principales permettent de révoquer en doute cette solution.

L'argument topique de cet arrêt paraît être le suivant : « Les délais de justice ne doivent pas nuire au plaideur, la cause se juge selon l'état des faits au jour où elle est introduite ; par suite, la faillite, déclarée *pendente lite*, ne peut rendre caduc le privilège du vendeur, et son droit de résolution. »

C'est là, tout d'abord, méconnaître le caractère de la faillite qui, en suspendant le cours de toutes les poursuites individuelles, même de celles déjà entamées et non encore jugées (2), fait tomber, par suite, tous les droits ordinairement attachés aux poursuites commencées. La faillite rend caduque la procédure déjà suivie contre le failli seul, et qui, continuée, resterait inopérante. Le droit des créanciers s'exécute par voie de production, les contestations seront élevées à l'encontre du syndic qui fera valoir la déchéance du privilège du vendeur, et par *a fortiori* celle de son droit de résolution.

En second lieu, si nous supposons que, dans la même hypothèse, le vendeur impayé ait formé contre l'acquéreur encore *in bonis*, une demande non pas en résolution, mais en collocation par privilège sur le prix du fonds, saisi et vendu, nul doute que la collocation, demandée avant la

(2) S. 65. 2. 144. Lyon-Caen, *Manuel*, p. 766. *G. P.*, 1892, I, p. 361.

faillite, mais obtenue après, soit incapable d'opérer à l'encontre de la masse un transport de deniers, un payement qui ne peut être fait que par le syndic — et surtout un payement par privilège que la loi interdit (article 550 *in fine*, Code com.). Il est en effet de principe que la collocation ne donne un droit définitif au demandeur qu'au jour où la décision qui l'ordonne devient définitive ; jusque-là, sauf les forclusions de procédure, de nouveaux créanciers peuvent faire valoir leurs droits sur le prix à distribuer ; en particulier le syndic peut réclamer sur ce prix tous les droits de la masse. La collocation est translatrice de la propriété des deniers provenus de la vente, et ce transport se produit sans aucune retroactivité. La preuve en est que le colloqué reste jusque-là créancier, et touche ses intérêts jusqu'à ce jour (article 672, Code procéd. civile).

Or, nous savons par les considérants mêmes de l'arrêt cité que, là où le privilège ne peut être invoqué, le droit de résolution est également inopérant. Si la faillite survenue en cours d'instance entrave l'exercice du privilège, elle doit, *a fortiori*, dans les mêmes circonstances, entraver celui du droit de résolution plus dangereux encore pour la masse.

Dans les cas assez rares, où, en l'absence d'une faillite déclarée, le privilège du vendeur peut encore s'exercer, on demande s'il *faudra que ce fonds soit encore en la possession de l'acheteur, ou si au contraire la saisie du*

fonds, la vente et la collocation pourront avoir lieu sur un nouvel acquéreur du fonds ?

L'affirmative est en général soutenue : l'article 2102, 4^o C. civ. exige sans distinction que le vendeur de meubles prétendant privilège agisse contre un acheteur *encore en possession*. Cependant l'opinion contraire nous paraît meilleure. Cette exigence de l'article 2102 n'est qu'une application de la règle « meubles n'ont point de suite par hypothèque », et cette règle elle-même n'est qu'une déduction du principe qui interdit l'exercice de toute revendication mobilière à l'encontre d'un possesseur de bonne foi ; mais l'application de ces principes est limitée par une doctrine constante aux seuls « meubles corporels » ; le fonds de commerce y échappe donc à raison de sa nature incorporelle, et le privilège peut être utilement invoqué à la suite d'une saisie pratiquée sur un acquéreur ultérieur.

Cet raisonnement est fortifié par la loi du 1^{er} mars 1898, qui a organisé le nantissement du fonds de commerce et admis en cette matière un véritable droit de suite, en dehors même d'une mise en possession effective du créancier. L'acquéreur fera donc bien de vérifier si son vendeur a lui-même payé son prix ; et il faut espérer que la loi lui donnera bientôt le moyen de se renseigner officiellement à ce point de vue. Les intérêts du tiers acquéreur de meubles incorporels ne sont pas sauvegardés par l'article 2102, 4^o qui n'a statué qu'en vue des seuls meubles corporels. C'est là une lacune appelée à disparaître.

D'après une jurisprudence qu'il faut approuver, l'interdiction d'invoquer le privilège du vendeur entraîne *a fortiori* celle de poursuivre contre la masse la résolution de la vente.

Il résulte de toutes ces règles, que le vendeur d'un fonds de commerce sera toujours réduit *dans la masse* au rôle de simple créancier chirographaire; cette solution est rigoureuse. L'importante valeur mise dans l'actif par le vendeur ne devrait-elle pas servir en première ligne à le désintéresser? Le privilège du vendeur de navire (article 191, 8°, C. com.) persiste en cas de faillite de l'acquéreur. Nous proposerions de maintenir celui du vendeur de fonds de commerce.

La loi n'a en effet supprimé, en cette hypothèse, le privilège du vendeur de meubles, que dans la pensée que tous les fournisseurs, également privilégiés de droit commun sur les marchandises vendues, resteraient encore, une fois ce privilège supprimé, sous une même loi d'égalité. La procédure de production serait simplifiée d'autant. Cette égalité approximative n'existe pas à l'égard du vendeur de fonds, la valeur du fonds de commerce pouvant dépasser de beaucoup celle des marchandises qu'il contient.

En fait d'ailleurs, nul doute que la pratique ne remédie à cette imperfection légale. La prudence conseille au vendeur non désintéressé de prendre, sur le fonds qu'il vend, une inscription de nantissement, analogue à l'inscription d'office en matière immobilière. Le vendeur a donc un

moyen pratique de rester privilégié même en cas de faillite. Mais son privilège est purement *conventionnel*; en bonne justice, il devrait être *légal*.

Comment se transfère à l'égard des tiers la propriété du fonds de commerce ?

C'est un principe général que, dans le système du Code Napoléon, la propriété mobilière se transmet par le seul effet de la volonté concordante des parties (art. 1138) ; cette transmission existe au regard même des tiers intéressés à la connaître ou à la contester ; mais elle ne leur est opposable que si la preuve légale en est rapportée. En notre matière, cette restriction sera le plus souvent sans portée, l'acquisition d'un fonds de commerce étant, dans l'immense majorité des cas, un achat commercial susceptible de se prouver par tous moyens (art. 109, Code com.) (1).

Ces principes sont d'ordre public comme *touchant à l'organisation même de la propriété*, c'est dire que ni la convention, ni l'usage, ne peuvent prévaloir contre eux. De même que la convention et l'usage seraient impuissants à affranchir certaines transmissions d'immeubles de la nécessité de la transcription, de même ils sont impuissants à imposer, à l'acquéreur d'un fonds de commerce, des formalités de publicité que la loi ne connaît pas.

Il est cependant d'usage constant, au moins à Paris, que

(1) Aubry et Rau, II, p. 54 et s.

l'acquéreur publie son contrat d'acquisition dans un journal d'annonces légales, et qu'il ne paye son prix qu'à la charge des oppositions qui se révèlent dans les dix jours suivants. Quelle est la portée de cet usage ?

Les principes rappelés à l'instant fournissent une première solution hors de toute controverse ; que la publicité d'usage ait été ou non remplie, la propriété du fonds est valablement et définitivement transmise à l'acquéreur *erga omnes*.

Mais cet acquéreur, dans les lieux où la publicité est d'usage établi n'est-il pas tenu de s'y conformer, et faute de le faire, n'engage-t-il pas sa responsabilité envers les créanciers du vendeur, qui, non avertis, n'ont pu frapper le prix du fonds d'une saisie-arrêt utile ?

Selon nous, la nécessité de publier la vente des fonds de commerce pourrait valablement résulter d'un usage établi ; son inobservation engagerait alors la responsabilité de l'acquéreur au regard des seuls créanciers du vendeur. L'usage en effet a force de loi en matière commerciale et par suite peut donner naissance à de véritables obligations légales. Mais la question est de savoir quand cet usage impératif existe.

Il n'est certainement pas général en France ; reconnu à Rouen, avec la portée que nous venons de préciser, il est méconnu à Montpellier (1). A Paris même, cet usage, qui

(1) T. Com. Rouen, Demeules c. Simon. *G. P.*, 16 octobre 1896. T. Com. En l'absence de toute prescription légale, la généralité même avec laquelle l'usage des publications de ventes de fonds de commerce s'est

est très répandu, n'est pas absolument général; respecté par les maisons de détail, il est rarement suivi au contraire par les maisons de gros. Si bien que, pour donner de cette publicité une formule générale, il est prudent de la considérer comme une pollicitation facultative par laquelle l'acheteur d'un fonds de commerce révèle son acquisition aux créanciers de son vendeur, et s'engage envers eux à ne pas payer son prix au mépris de défenses ou oppositions qui surviendraient dans le délai d'usage. C'est là une convention expresse en ce qui concerne l'acheteur, tacite en ce qui concerne les créanciers. L'offre faite aux créanciers du vendeur étant accompagnée d'un délai, expressément fixé ou d'usage, pour la réception des oppositions, cette offre doit être maintenue sans rétractation possible pendant ce délai. (A. et Rau. IV. p. 292, n° 42.).

établi, démontre que cet usage répond à une nécessité d'ordre public. Et il y a lieu de lui reconnaître force de loi.

En conséquence, l'acquéreur d'un fonds de commerce qui en paye, *même sans fraude*, le prix à son vendeur sans publier la vente, commet une faute à l'égard des créanciers du vendeur, lesquels n'ont pu faire utilement valoir leurs droits contre ce dernier.

Montpellier, Alibert c. Bresson, 26 mars 1897. *G. Pal.*

L'acquéreur d'un fonds de commerce n'est obligé par aucun texte de la loi à faire connaître son acquisition au public par des insertions dans les journaux ou autres moyens de publicité. C'est là un usage admis dans certaines régions, mais qui n'a pas reçu force de loi.

Par suite, hors les cas de dol et de fraude, l'acquéreur qui n'a pas usé de ces moyens de publicité et qui a payé au vendeur le prix de son fonds avant toute opposition d'un créancier, a payé valablement et ne peut être recherché de ce chef par ledit créancier.

Cette publicité en révélant à l'acheteur la situation de son vendeur, empêche qu'il ne voie son acquisition résolue, ou au moins contestée, en conséquence de la mise en faillite postérieure du vendeur (art. 447, C. com.). L'absence de publicité ne paraît pas suffire à Paris, en dehors d'une fraude caractérisée, à engager la responsabilité de l'acheteur envers les créanciers de son vendeur : le tribunal de Rouen (précité) donne une solution plus rigoureuse. Mais, dans tous les cas, cette absence de publicité constitue déjà un indice suspect de nature à faire présumer la mauvaise foi de l'acquéreur (1) : à Paris même, au moins pour certains fonds de commerce (marchands de vins, épiceries, liqueurs, crémeries), l'usage de la publicité paraît impérativement établi ; en ce qui concerne ces fonds, l'absence de publicité constituerait une faute dont l'acquéreur aurait à répondre envers les intéressés.

L'usage de Paris est que les oppositions soient reçues par l'acquéreur ou son mandataire sous forme de simple lettre contenant demande « à fin de dispense d'opposition ». Si l'acquéreur garde le silence ou accuse réception de sa lettre au créancier en le dispensant des formalités de la saisie-arrière, il est définitivement engagé envers lui à ne pas payer son prix hors de sa présence ou lui dûment appelé. S'il refuse au contraire la dispense, le créancier doit se pourvoir par opposition en forme ; l'offre amiable de l'acheteur est rétractée en ce qui le concerne.

(1) Paris. Syndic. Biletta c. Biletta. *G. P.*, 14 janvier 1897.

En supposant accordée la dispense d'opposition, il n'en résulte pas que la lettre de réclamation reçue par le débiteur équivaille à une véritable saisie-arrêt. L'organisation des voies d'exécution n'est pas laissée dans le domaine des conventions particulières. En conséquence, faute d'une opposition en forme, le prix du fonds peut être valablement cédé à un tiers par le vendeur ; de même l'acquéreur qui paye malgré les défenses des créanciers ne saurait être condamné comme « débiteur pur et simple » de son prix envers l'opposant, par analogie de la pénalité dont la loi frappe le débiteur saisi qui n'a pas fait de déclaration affirmative (art. 577, C. p. civ.) ; l'acquéreur peut seulement être tenu de payer de ses deniers aux créanciers le dividende qu'ils auraient obtenu dans la répartition du prix entre tous les opposants (1).

Nous avons, à diverses reprises, signalé, comme l'idée la plus féconde de notre sujet, la loi d'unité et même d'indivisibilité qui unit entre eux les éléments très divers des fonds de commerce. Une application logique de cette idée

(1) Paris (cour de), *Laparra c. Delon*. *G. Palais*, 27 juin 1897. L'acquéreur d'un fonds de commerce qui, après avoir publié son acquisition et fait savoir qu'il recevrait les oppositions, passe outre au paiement sans tenir compte de l'opposition d'un créancier, cause à ce dernier un préjudice dont on est en droit de lui demander réparation.

Mais ledit créancier qui s'est borné à former opposition sans se conformer ensuite aux règles prescrites par la loi en matière de saisie-arrêt, notamment sans assigner en validité, ne saurait prétendre faire condamner l'acquéreur comme débiteur pur et simple des causes de la saisie.

serait qu'un procédé unique rendit la transmission de ce bien également opposable à tous ; cette solution n'est pas, au moins en ce qui concerne la vente du fonds, celle de la loi.

Le fonds de commerce contient en effet des droits incorporels dont la cession est régie au regard des tiers par l'article 1690 (droit au bail, créances diverses) ou par des dispositions légales, particulières (brevets d'invention, loi du 5 juillet 1844, art. 20) ; le fonds de commerce peut avoir une assiette immobilière, et, de ce chef, il y aura lieu à la transcription de la loi de 1855 ; ces solutions qui brisent l'unité du fonds de commerce sont cependant certaines. L'usage le mieux établi ne saurait prévaloir contre les dispositions légales qui ont édicté, *dans l'intérêt des tiers*, ces formalités protectrices. Il y a seulement lieu de souhaiter que la publicité des ventes de fonds reçoive une organisation légale, soumettant à un régime unique les règles d'opposabilité aux tiers de ces ventes chaque jour plus fréquentes.

A notre sens, l'adoption du principe suivant, pourrait être satisfaisante : un compte serait ouvert à chaque fonds de commerce, au greffe du Tribunal de commerce, et la transcription à faire sur ce registre serait la seule condition de publicité irritante des mutations intéressant le fonds ; mais les éléments du fonds de commerce étant variables, l'acte à transcrire devrait mentionner les droits incorporels, les droits de créance, les droits immobiliers sujets à transcription ou à quelque autre publicité spéciale, cés.

dés avec le fonds. Le greffier du Tribunal de commerce assurerait sous sa responsabilité personnelle la mention de la cession de ces droits sur les registres où elle est aujourd'hui directement requise par les parties.

Vente du fonds de commerce par autorité de justice.

Le fonds de commerce jouit, de par le silence et l'ignorance de la loi, d'une véritable insaisissabilité : meuble incorporel, il ne peut faire l'objet d'une saisie-exécution (1) et comme la loi n'a pas organisé de procédure particulière en sa faveur, il est, dans le gage des créanciers du commerçant, une valeur irréalisable sous le bon vouloir du débiteur ; ou du moins, pour la réaliser, un seul procédé est ouvert : la déclaration de faillite avec pour conséquence le dessaisissement total de tous les biens du failli, et la vente du fonds de commerce, en particulier, par les soins du syndic. (Article 534 du Code de commerce.) Mais si, pour quelque raison, la déclaration de faillite est impossible, soit que le créancier poursuivant agisse en vertu d'une créance purement civile, soit que le débiteur soit décédé depuis plus d'un an et la poursuite dirigée contre sa succession vacante ou acceptée sous bénéfice d'inventaire, dans tous ces cas, la saisie et la vente globale du fonds de commerce avec tous les droits incorporels qu'il renferme, est une voie d'exécution ignorée de la loi.

Sans doute, le créancier pourra saisir les objets mobiliers garnissant le fonds, vendre les marchandises, saisir,

(1) Garsonnet, *Procédure civile*, vol. III, p. 594

arrêter les créances, mais le droit au bail, la propriété de l'enseigne et de la marque échapperont à son action. Au lieu d'une machine bien agencée, d'un rendement élevé, et par suite, d'une valeur précieuse, il offrira aux enchères les débris mutilés, les pièces dépareillées d'un organisme détruit sans utilité pour personne.

Un seul correctif est possible : le débiteur, dont l'intérêt est que le fonds de commerce soit vendu intact et suivant sa valeur exacte, le débiteur assignera le saisissant en référé. Devant le juge interviendra sans doute un accord dans les termes suivants : main-levée de la saisie exécutive en échange d'une délégation sur le prix à provenir de la vente du fonds mis aux enchères *in globo* par devant notaire.

Il faut noter d'ailleurs la compétence exclusive du notaire pour procéder *dans tous les cas* à la vente aux enchères d'un fonds de commerce (1). Les courtiers en

(1) Limoges. Le Tarouilly c. Thézard. *G. P.*, 25 avril 1897. La vente d'un fonds de commerce, avec les marchandises qui en dépendent, est la vente d'un meuble incorporel pour laquelle les notaires sont compétents à l'exclusion des commissaires-priseurs, à moins que la valeur de ces marchandises ne soit supérieure au surplus, à ce point que ce surplus ne soit qu'un accessoire des marchandises.

Spécialement, la licitation, avec le concours d'étrangers, d'un fonds de commerce d'imprimerie et de librairie, comprenant la clientèle et l'achalandage, le droit de se dire successeur de la maison, les marchandises neuves et approvisionnements de toute nature, le matériel et l'agencement et le droit au bail, constitue la vente en bloc d'une valeur incorporelle et en quelque sorte indivisible.

Il en est d'autant plus ainsi quand le cahier des charges stipule une série de conventions d'une valeur indéterminée mais très importantes,

marchandises sont incompetents pour y proceder, le fonds de commerce n'étant pas une « marchandise » ; les commissaires-priseurs le sont également, leur monopole se limitant aux « meubles corporels ». La vente aux enchères du fonds de commerce reste donc uniquement régie par la compétence générale des notaires, compétence à laquelle aucune dérogation n'est ici apportée (Loi de ventôse, an XI, article 1).

Mais si l'unité juridique du fonds de commerce était brisée, qu'on vendît séparément ses divers éléments, il faudrait appliquer à chacun d'eux les règles voulues par sa nature propre (2).

Enfin, la solution donnée ne se comprend que là où il a existé un véritable fonds de commerce, et non pas seulement un établissement éphémère, instable et anonyme, ce qui sera, dans tous les cas, une question d'appréciation pour le juge du fait. Mais ici encore, il serait inexact, pour fixer les compétences, d'apprécier la valeur comparative des éléments matériels et des éléments incorporels du fonds, en disant : *Major pars trahit ad se minorem*.

Si minime que soit la valeur de l'achalandage, sa seule existence révèle la nature incorporelle du fonds de com-

intimement liées à l'adjudication et pour lesquelles un commissaire-priseur était incompetent, telles que : exécution du bail, paiement de prix, interdiction de faire le commerce, subrogation dans les commandes et marchés en cours. — (Dalloz, 88. 4. 354.; Sirey, 95. 4. 409).

(2) Rennes. Duhail c. Bellier. *G. P.*, 5 mars 1898. Amiens, Duca-telle c. Petit. *G. P.*, 5 janvier 1898.

merce. Du moment que le fonds de commerce *vit*, il vit avec sa vie et sa nature propres, d'une vie qui peut être plus ou moins intense, mais avec une nature toujours semblable à elle-même. Cette nature incorporelle impose dans tous les cas le ministère du notaire, seul officier compétent.

De cette constatation que jamais un fonds de commerce n'est adjugé *par autorité de justice*, il résulte que l'article 1649 est sans application à la vente aux enchères d'un fonds de commerce. Cette vente étant toujours volontaire, la garantie des vices cachés y est donc toujours due. L'article 1649 n'a d'application qu'au cas d'adjudication après faillite. C'est le seul cas où un fonds de commerce soit *forcément* vendu aux enchères par un officier public, et c'est là une condition nécessaire à l'application de notre texte. Dans ce cas seulement l'officier public est le mandataire non des parties, mais de la justice dont l'intervention sauvegarde également les intérêts de l'acheteur et du vendeur (1).

Dans deux hypothèses un peu spéciales, la vente *aux enchères* du fonds de commerce est nécessairement requise par les parties : il faut en dire quelques mots.

La première hypothèse suppose qu'un *fonds de commerce existe dans une succession sur le sort de laquelle le ou les héritiers ne prennent pas immédiatement parti; que va devenir ce fonds?*

(1) Cf. Maleville, sur l'art. 1684.

Nul doute que les héritiers n'aient une capacité suffisante pour administrer en tant que de besoin ce fonds de commerce, sans que cette administration urgente et nécessaire implique forcément de leur part l'acceptation pure et simple de la succession. Les obligations mêmes qu'ils contracteraient en cette qualité n'obligeraient que la succession ; mais par cela même le crédit nécessaire à la bonne administration du fonds leur sera généralement refusé : une succession en déshérence est un assez mauvais débiteur. Il résulte de cette remarque que si les héritiers réservent leur option, suivant leur droit, pendant un délai de trois mois et quarante jours, l'administration du fonds se fera dans des conditions désastreuses. Dans ces conditions, le fonds de commerce *devient* un meuble périssable ; non qu'il soit tel par nature, bien au contraire, puisque normalement son exploitation augmente sa valeur, *crescit eundo* ; mais les circonstances de fait que nous précisons, mettent en péril sa substance et autorisent les parties à en requérir l'adjudication « sans attribution de qualités », aux enchères reçues par un notaire, le tout en conformité de l'article 796, C. civil et 946, C. p. civ. (1).

Deuxième hypothèse. — Un fonds de commerce fait partie de l'actif d'une société commerciale, soit qu'il ait constitué l'apport en nature de l'un des associés, soit qu'il ait été acquis des deniers sociaux ou fondé par la commune activité des associés. La société se dissout et

(1) Procédure constante à Paris.

l'acte d'association n'a rien stipulé quant à la forme du partage. Le désaccord des associés ne permet pas une licitation entre parties attribuant le fonds à l'un des associés, que va-t-il se passer ?

Une première opinion, qui a pour elle d'importantes autorités, raisonne ainsi : l'article 1872 du Code civil, renvoyant implicitement à l'article 826 du même Code, prescrit, en règle, en matière de société comme de succession, le partage en nature. En conséquence le matériel sera partagé en nature entre les associés, de même les marchandises ; le droit au bail, impartageable, sera licité ainsi que les brevets et la propriété des marques. L'achalandage, c'est-à-dire le droit de visiter et de solliciter l'ancienne clientèle de la société, restera propre à chaque associé qui l'exploitera selon ses forces. C'est là un droit indivisible, une faculté personnelle que chaque associé exerçait ou laissait exercer au profit de la société : le mode de partage le plus simple n'est-il pas, la société dissoute, d'en restituer à chaque associé l'usage indépendant (1) ?

Cette solution nous paraît renfermer une erreur juridique : l'article 826, en ordonnant le partage en nature des meubles, indique par ses termes mêmes que le partage ne doit pas altérer la *nature* des objets partagés. C'est, en vérité, un singulier partage que celui qui, sous prétexte d'assurer la stricte égalité des parties, brise un meuble

(1) Tribunal Com. de Nantes, 12 décembre 1896. Rousse c. Mangin, *G. P.*, 16 février 1897. Lyon-Caen, 2^e éd., t. II, n^o 423,

précieux, et en distribue entre les anciens associés, les débris sans valeur. La solution qui conduit à ce résultat ne peut se recommander que de la justice de Salomon : elle tue l'objet singulièrement vivant dont le partage est poursuivi, et elle triomphe d'avoir remis à chaque intéressé une part égale du cadavre. Le principe d'unité, nous dirons mieux, — le principe d'indivisibilité du fonds de commerce, — reconnu par la jurisprudence et par la loi écrite, impose une solution directement inverse. Le fonds de commerce social est impartageable parce qu'il est unique, il faut donc, par application de l'article 827, dont la solution de pure raison doit être étendue aux meubles, il faut recourir à la licitation du fonds de commerce en son entier, avec tous ses accessoires.

Dans cette vente aux enchères, tous les associés jouent solidairement le rôle de vendeurs et en encourent la responsabilité. Ils sont donc tous tenus de garantir à l'adjudicataire la jouissance de l'achalandage cédé, ils doivent en conséquence s'abstenir de toute démarche auprès de l'ancienne clientèle sociale et ils ne peuvent faire aucune concurrence à l'adjudicataire. Nous leur appliquerons donc, sans qu'il y ait aucune raison de distinguer, les solutions posées plus haut quant à l'interdiction de se rétablir.

Des intermédiaires. — Dans la pratique des affaires, la vente des fonds de commerce comporte l'intervention fréquente d'un agent d'affaires (marchand de fonds) qui agit comme courtier, procure des offres d'achat au vendeur,

rédige les actes. Cet agent d'affaires est le mandataire du vendeur et, dans le silence de la convention, il a droit de lui réclamer, mais à lui seul, un salaire que les tribunaux arbitreraient *ex æquo et bono*.

Le plus souvent le marchand de fonds sera porteur d'un *bon de commission* ainsi rédigé « Je promets à X... cinq pour cent sur le prix de mon fonds si je le vends par son intermédiaire. »

Certains marchands de fonds ont prétendu toucher cette commission en justifiant uniquement d'une publicité embryonnaire donnée à l'offre de vente, et en alléguant qu'ils avaient remis l'adresse du fonds à vendre au futur acquéreur. Cette prétention est inadmissible ; dans l'intention du vendeur, « l'intermédiaire » doit s'entendre de démarches actives et précises, ayant efficacement et directement causé la vente du fonds, telles que présentation de l'acheteur au vendeur, recherches sur sa solvabilité, rédaction du compromis, présence aux discussions préalables à la vente ; ces services peuvent seuls justifier, en raison, l'allocation de cinq pour cent sur le prix de la vente.

Les tribunaux ont toujours refusé de voir dans cette allocation, quel qu'en soit le taux, un forfait acquis au marchand de fonds par le seul fait de la vente. Ils considèrent que le bon de commission emporte la preuve implicite d'un mandat, donné et reçu, et que la rémunération promise n'est acquise à l'intermédiaire qu'à la charge par lui de prouver l'exécution intégrale du mandat reçu. Faute de faire cette preuve, exigence dont l'habileté de beaucoup

d'agents d'affaires s'accommode mal, le salaire doit être calculé comme s'il n'existait aucun tarif convenu, et à la juste valeur des services exactement rendus. Cette jurisprudence, peut-être quelque peu prétorienne, n'a jamais gêné que les agents d'affaires véreux, elle est une protection pour la naïveté excessive des petits commerçants, et il convient de la maintenir (1).

La commission, stipulée pour le seul cas de vente, n'est pas due si la vente convenue ne sort pas à effet soit que l'acquéreur se dédisse, soit qu'une résiliation amiable intervienne avant la délivrance. La solution est absolument certaine si la résiliation est intervenue en vertu d'une clause de dédit insérée à l'acte même. Une pareille vente n'étant, pendant le temps où le dédit reste possible, qu'un projet toujours susceptible d'abandon. Il faut maintenir la solution même, au cas où la vente a été résolue à bref délai, et avant toute délivrance, en vertu d'une convention nouvelle ; en stipulant pour son salaire un tant pour cent sur le prix de la vente, l'agent d'affaires a indiqué sa volonté de s'associer en quelque façon au bénéfice du contrat qu'il aidait à conclure. Là où il n'y a plus de prix de vente ni de vente, la base même qui sert à fixer ses droits fait défaut.

Il en serait autrement en cas de revente du fonds par l'acquéreur à son vendeur, et même, après la délivrance

(1) En ce sens : Paris, Sirey. 94. 2. 150 et *G. Palais*. 3-4 juillet 1898. Trib. de Nantes, avec la note et les renvois.

consentie au cas de résolution pour défaut de paiement du prix. La première solution est évidente; quant à la seconde, il faut dire que l'action en résolution n'étant qu'un moyen de contrainte contre l'acheteur qui peut toujours payer son prix et même obtenir à cette fin un terme de grâce (article 1184); le prix n'en reste pas moins dû et la vente existante malgré le non-paiement du prix.

Cette vente a donc réellement engendré au profit du vendeur tous les droits qu'elle peut produire, il les fait valoir à ses risques et périls, mais par le fait seul de cette vente, le droit à la commission a été et reste acquis. Le paiement du prix est garanti au vendeur par un certain nombre de sûretés; parmi ces sûretés figure le droit de poursuivre la résolution de la vente faute de paiement du prix. Cette résolution a même lieu avec un effet rétroactif qui, seul, peut lui assurer la valeur d'une garantie sérieuse. Mais cet effet rétroactif ne se produit qu'entre le vendeur et l'acquéreur ou leurs ayants cause respectifs. Son utilité est de ramener le bien vendu libre de toutes charges au patrimoine du vendeur. Ce résultat une fois acquis, on ne peut invoquer l'effet rétroactif de la condition résolutoire à l'encontre d'un courtier de fonds, qui n'a pas été partie au contrat résolu et ne prétend aucun droit sur le fonds vendu. Le fait même de la vente, suivie de délivrance et devenue définitive, a été pour lui générateur d'un droit de créance dont il ne peut, sous les réserves précédemment indiquées,

être privé par un fait nouveau — convention ou jugement — s'il n'y est volontairement partie acceptante (1).

Quel est enfin le tribunal compétent pour résoudre les questions litigieuses nées de la vente d'un fonds de commerce ? Les solutions précédemment données résolvent en partie cette question : la compétence sera commerciale ou civile selon que la vente sera elle-même commerciale ou civile. La compétence relative sera déterminée suivant l'article 420, C. p. civ. Dans la majorité des cas, et c'est une solution qui devrait être absolue, le tribunal de la situation du fonds sera compétent ; c'est en effet dans son arrondissement qu'aura été faite la promesse et livrée la marchandise.

SECTION II. — LA CONSTITUTION D'USUFRUIT.

La vente, dont nous venons de parler longuement, confère à l'acquéreur la pleine propriété du fonds de commerce. La convention pourrait également ne lui transférer qu'un démembrement de cette propriété, pratiquement ; ne lui en conférer que *l'usufruit*. Une pareille convention est rare : nous l'avons dit, — et il convient de le répéter, — le fonds de commerce n'a jamais que la valeur qui lui est conférée et maintenue par l'activité et l'intelli-

(1) Voyez sur toutes les questions relatives aux intermédiaires le travail très complet de M. Pélissier. (Thèse de doctorat, Paris, 1898). *Vente des fonds de commerce*.

gence de son gérant ; remis entre les mains d'un usufruitier, il peut tomber à bref délai à moins que rien, si bien que le nu propriétaire, une fois payé du prix de l'usufruit qu'il a constitué, serait appelé à courir les risques d'une exploitation dont il ne partagerait pas tous les bénéfices.

Si l'usufruit conventionnel est rare en notre matière, l'usufruit légal y est au contraire extrêmement fréquent, au moins depuis la loi du 9 mars 1891, modificatrice de l'article 767, C. civil. Toutes les questions à l'examen desquelles nous arrivons, se sont posées sur l'usufruit légal du conjoint survivant.

Quels sont les droits et les devoirs d'un pareil usufruitier — et d'abord, quelle est la nature de son droit ?

Le fonds de commerce, on n'en peut plus douter aujourd'hui, est susceptible d'un véritable usufruit : il constitue un bien d'une valeur spéciale, et d'une identité très marquée. D'anciens arrêts n'ont pu lui appliquer les règles du quasi-usufruit qu'en commettant une fois encore, et par anachronisme, la confusion anciennement signalée entre les marchandises fongibles, du *fonds de boutique*, et le bien incorporel qu'est le *fonds de commerce*.

En conséquence, et suivant une interprétation à la fois plus moderne et plus exacte, l'usufruitier d'un fonds de commerce n'en devient pas propriétaire : il n'a sur le fonds qu'un droit de simple jouissance.

Par suite, il a droit à la remise du fonds entre ses mains, avec tous les accessoires qu'il comprend. Un

inventaire doit constater sa consistance (art. 600, C. civ.) et il fournit caution d'en user en bon père de famille, ce qui l'oblige à assurer l'exploitation régulière du fonds et à maintenir ainsi son achalandage ; *quid* si l'époux survivant ne peut trouver de caution ?

Ici encore la loi est muette : les solutions qu'elle donne laissent toutes en dehors de leur application l'usufruit spécial qui nous accupe.

On ne peut songer à lui appliquer l'article 602, C. civ. qui prescrit en pareil cas la vente des « denrées » et le placement du prix obtenu ; la disposition de l'article 603 est également hors de cause ; le fonds de commerce n'étant pas un « meuble périssable » mais, au contraire, un bien dont la conservation importe au nu propriétaire, un élément important et précieux de son patrimoine, une source féconde de revenus, une valeur qui doit croître et se développer par son exploitation même.

Il faut donc, dans le silence de la loi, reconnaître au juge un libre pouvoir d'appréciation : nous lui donnerions le conseil d'assimiler l'usufruit du fonds de commerce à l'usufruit d'un immeuble. C'est là une assimilation dont la loi, nous le verrons, a donné elle-même un exemple dans la théorie du nantissement et que justifie au surplus la haute valeur et la stabilité du fonds de commerce. En conséquence, et faute par l'usufruitier de fournir caution, le fonds de commerce serait donné à bail et le droit du conjoint survivant limité à la perception des loyers (art. 602, § I).

En fin de jouissance, l'usufruitier restitue au nu propriétaire le fonds de commerce tel qu'il l'a reçu, et garni de la même quantité de marchandises; le plus souvent l'inventaire d'entrée en possession aura fixé la valeur de ces marchandises et prévenu ainsi toute contestation. Si le fonds de commerce a acquis une plus-value, le nu propriétaire en bénéficiera sans bourse délier. Il est en effet dans la nature de ce bien d'augmenter de valeur avec les années et en amenant ce résultat par une exploitation intelligente, l'usufruitier n'a fait que son devoir. Si au contraire, entre ses mains, l'achalandage a périclité, sur la preuve qui en sera rapportée par le nu propriétaire, des dominages-intérêts seront accordés à celui-ci.

Le matériel garnissant les lieux a dû être entretenu en bon état de réparation (art. 605), et même le remplacement du matériel usé doit être mis à la charge de l'usufruitier au prorata de sa jouissance. Un bon père de famille prélève en effet, sur ses bénéfices, la somme annuelle nécessaire à l'amortissement de son matériel, et le surplus seulement représente son bénéfice net; c'est là, à proprement parler, une dépense nécessitée par l'« entretien » du fonds de commerce, et par suite une charge de l'usufruit (1).

(1) Lyon, arrêt. Bugnot c. Simon. *G. P.*, 25 janvier 1898. *G. P.*, 96. 2. 360. Tout commerçant, s'il veut faire un inventaire sincère et régulier, doit tenir compte de la dépréciation que subissent son matériel, ses marchandises et ses immeubles; un semblable amortissement est de droit et n'a pas besoin d'être prévu dans le pacte social.

Par application du même principe, l'usufruitier doit remplir toutes les formalités nécessaires à la sauvegarde des brevets et des marques dépendant du fonds qu'il exploite.

Le fonds de commerce n'étant dans notre droit, qu'un *universum corpus* et non pas une *universalité juridique* distincte du reste du patrimoine, l'usufruitier de ce bien unique n'est tenu à aucune contribution dans les dettes du constituant.

Enfin, du principe que le fonds de commerce est susceptible d'un véritable usufruit, il résulte que l'usufruitier ne peut en vendre ni en donner la propriété. Il peut, au contraire, en louer valablement l'usage pour la durée de son usufruit, mais *sans que le bail puisse excéder cette durée*. A la différence de ce qui se passe en matière immobilière, il n'est point dans la coutume ni dans la pratique d'un administrateur prudent de donner à bail son fonds de commerce. Le vrai, le plus fructueux mode de jouissance d'un pareil bien, suppose son exploitation par le propriétaire; le fonds de commerce produit par nature des bénéfices et non des loyers. En conséquence, les pouvoirs d'administration nécessaire (1) qu'il faut reconnaître à

(1) Sur l'enregistrement des ventes de fonds, V. Primot, *Dict^{re} d'enregistrement*, V^o Fonds de commerce, Lèbre, Appendice au *Traité des fonds de commerce*. Pélissier, *Vente des fonds de commerce*.

La valeur du fonds vendu et de ses accessoires est frappée d'un droit de mutation de 2 0/0. L'enregistrement doit avoir lieu dans les trois mois, et en cas d'insuffisance dans la déclaration, la Régie peut

l'usufruitier ne vont pas jusqu'à imposer au nu propriétaire, après la cessation de l'usufruit, le respect d'un bail que lui-même n'aurait sans doute pas consenti.

recourir à une expertise. A tous ces points de vue, la loi fiscale a ouvert le chemin à la loi civile, et assimilé le fonds de commerce à l'immeuble. C'est un précédent que nous retenons et qui justifie, les réformes que nous proposons au cours de ce travail.

Au point de vue pratique, notons que si le fonds de commerce a été vendu *par conventions verbales*, le droit est perçu sur le prix déclaré au fisc. Certains agents d'affaires exploitent lucrativement cette source de fraudes à la loi fiscale. Ils stipulent des acquéreurs un tant pour cent sur la remise de droits qu'ils prétendent leur faire obtenir, et qu'ils obtiennent en effet en déclarant au fisc un prix inférieur au prix véritable, fixé, déclarent-ils « par simple convention verbale ». — Nous verrons qu'en fait, — surtout depuis la loi du 1^{er} mars 1898, — toutes les ventes de fonds sont constatées par écrit. Le texte qui imposerait la nécessité légale d'un écrit, serait conforme à la pratique courante et sauvegarderait l'intérêt de l'État. Cette analogie nouvelle avec la vente des navires ne serait pas pour nous déplaire (Art. 195, C. com.)

CHAPITRE II

LE NANTISSEMENT

Il faut toujours envisager une propriété sous un double aspect révélateur d'une double utilité : la propriété comporte, à des degrés divers, une *valeur d'échange* et une *valeur de crédit*. La mise en œuvre, la réalisation de ces deux valeurs se fait par deux ordres de contrats : les contrats de cession, les contrats d'impignoration : ces derniers nous restent seuls à étudier.

L'impignoration se présente aux différents âges du droit, et suivant une progression toujours la même dans les diverses législations, d'abord sous la forme du gage, ensuite, et c'est un perfectionnement, sous la forme de l'hypothèque. Le gage, c'est, même dans une législation où le contrat se forme en règle par la seul accord des volontés (article 1138) un contrat resté en quelque façon solennel et formaliste, — un contrat qui exige pour sa validité une *tradition réelle* du bien gagé entre les mains du créancier. En effet, la sûreté particulière conférée par le gage vient de la mise en possession du créancier gagiste et du droit de rétention qu'il est ainsi mis à même d'exercer sur le gage : *beatus quia possidens*, ce créancier

est préférable à tous sur la valeur qu'il détient et sa possession même constitue une publicité protectrice des intérêts des tiers. Le gage est ainsi, dans le droit français moderne comme dans le droit romain classique, un de ces contrats *qui tantum re perficiuntur*.

La convention d'hypothèque se présente avec un caractère plus moderne ; valable, au moins entre les parties, et sous la réserve de la nécessité d'un acte notarié, par leur seul consentement, elle réalise plus utilement que le gage la valeur de crédit renfermée dans la propriété. Le bien hypothéqué reste entre les mains du débiteur, il est seulement convenu qu'au jour de la vente, le créancier hypothécaire sera payé par préférence sur son prix et à concurrence de ses droits. Des conventions d'hypothèque successives peuvent ainsi utiliser toute la valeur de crédit du bien hypothéqué. Le gage au contraire, comme la possession qui est son fondement juridique, le gage est impartageable : la possession de l'un exclut celle de l'autre, et il faut un accord amiable, une entente toujours douteuse des gagistes successifs pour que l'artifice de l'article 2076 (possession exercée au nom de tous par un mandataire commun) permette d'éviter un « gaspillage de crédit » totalement étranger au contraire à la convention d'hypothèque. Dans l'intérêt des tiers, des mesures de publicité sont prises, qui leur permet d'apprécier la valeur de la sûreté offerte, et remplacent la publicité rudimentaire résultant de la mise en possession.

Ceci rappelé, *le fonds de commerce est-il dans notre droit susceptible d'une impignoration, et de laquelle?*

Avant la loi du 1^{er} mars 1898, la question était controversée, et il convient seulement, au point de vue historique, de formuler les opinions divergentes entre lesquelles la loi nouvelle vient de prononcer.

Dans un premier système, on disait : les meubles ne sont point susceptibles d'hypothèque ; d'autre part le gage suppose la remise du bien gagé entre les mains du créancier ; remise évidemment impossible en ce qui concerne le fonds de commerce et inconciliable avec les exigences de sa gestion. Cette remise exigée impérativement par la loi comme une publicité protectrice des tiers ne peut être suppléée par aucun procédé arbitraire. En matière de privilège, tout est de droit étroit ; en conséquence le fonds de commerce ne pouvant faire l'objet d'un dessaisissement effectif en faveur du gagiste, ne peut jamais être l'objet d'une constitution de sûreté réelle (1).

Dans un deuxième système on disait : le fonds de commerce est un meuble incorporel, or la possession d'un droit incorporel réside dans la détention des actes ou instruments juridiques qui prouvent l'existence de ce droit, il suffira donc que le créancier gagiste soit nanti des titres de propriété du fonds, du bail des lieux, qu'il notifie au propriétaire (article 1690) la constitution en gage de ce

(1) T. Com. Seine, 48 janvier 1896. Certoncinx c. Pottier, *G. P.*, 11 février 1896.

bail : il aura obéi ainsi au double principe de dessaisissement et de publicité qui domine toute la théorie du gage (1).

La première opinion, fondée en droit, avait contre elle d'enlever toute valeur de crédit au fonds de commerce. La seconde avait, à sa base, une grosse erreur juridique. « La possession d'un droit incorporel réside dans la détention des actes juridiques qui en prouvent l'existence? » Cela est vrai quand le droit incorporel mis en gage est un *droit de créance*; le gagiste, substitué au propriétaire, exerce comme lui *une même et identique possession* en enfermant dans son coffre-fort les valeurs constituées en gage; si, d'ailleurs, il se conforme en outre aux prescriptions de l'article 1690 il y a dès lors « mise en possession » et, par suite, « publicité » suffisantes.

Mais quand le droit incorporel gagé est un droit réel, une propriété, en particulier un fonds de commerce, la « *possession* » du propriétaire, donc aussi celle du gagiste, comportent, à titre nécessaire, des actes identiques de maîtrise, d'administration, d'exploitation, de gérance. Chaque propriété est susceptible, suivant sa nature, d'une possession particulière. La possession normale d'un fonds de commerce suppose une exploitation : cette exploitation

(1) Ligneau frères et Hartmann c. Boulé (Cour de Paris, 4 janvier 1896. *G. P.*, 20 mars 1896. Abadie Collin c. Henry, 22 octobre 1896. (*G. P.*, 7 novembre 1896). Contribution Lachenal. Trib. Seine, 13 novembre 1894. (*G. P.*, 23 janvier 1895). Cour de Paris, 24 décembre 1896. (*G. P.*, 26 janvier 1897, David c. Brunet).

par le créancier gagiste constitue seule la « mise en possession » que la loi lui impose : il doit gérer le fonds aux lieu et place du propriétaire débiteur.

La vérité, ici encore, était que la loi avait oublié ou ignoré le fonds de commerce. La controverse était insoluble, puisque dans cette question du droit de préférence, la loi statue impérativement et que son silence n'autorise pas l'arbitraire du juge. Cette lacune a été comblée. Nous verrons par quel procédé (1).

La loi du 1^{er} mars 1898 a mis fin aux controverses anciennes dont nous venons de tracer un résumé rapide : les variations de la jurisprudence avant cette date n'appartiennent plus qu'à l'histoire et il est sans intérêt de les exposer avec détails. En effet, la loi nouvelle n'a adopté ni l'une ni l'autre des opinions anciennement défendues : elle a fondé la théorie de l'hypothèque mobilière et commerciale,

(1) Voyez sur tous ces points : L. 88. 1. 302. 97. 2. 89. (Note de Wahl.) Et Cerban, thèse de doctorat. Paris, 1898. *Du gage des choses incorporelles*.

Même en présence de la loi nouvelle, il n'est pas sans intérêt de prendre au moins sommairement parti sur l'ancienne controverse qu'on vient d'exposer. La loi nouvelle établit des règles de fond pour la validité de notre nantissement : elle n'a donc aucun effet rétroactif, et on verra plus bas que les demandes en collocation par privilège intentées avant le 1^{er} mars 1898 doivent être jugées sous l'empire, nous ne dirons pas de l'ancienne loi, mais au moins de l'ancienne jurisprudence.

(Voyez en ce sens un jugement récent statuant sur une convention du nantissement, une instance engagée avant le 1^{er} mars 1898 et jugée postérieurement. T. Com., Lyon, 10 mai 1898. *G. Palais*, 27 août 1898.)

et posé par là même un principe nouveau dans notre droit moderne, principe dont les conséquences pourront être fécondes lorsque son application aura été réglementée par une loi complémentaire dont nous exposerons bientôt l'urgente nécessité.

Mais il est une étude, purement économique celle-là, et qui doit normalement précéder l'analyse et le commentaire de la loi nouvelle. C'est, en matière commerciale surtout que les usages et les nécessités de la pratique engendrent la loi et la modifient : quels usages, quels besoins pratiques ont, en cette matière du nantissement du fonds de commerce, appelé l'intervention du législateur, c'est ce qu'il faut, au moins rapidement, retracer.

La loi nouvelle suppose par ses termes très généraux que tout fonds de commerce peut valablement être mis en gage ; est-ce donc que dans la pratique *tous* les fonds de commerce font l'objet de nantissement ? Nullement : la pratique de ce contrat est, en fait, limitée au commerce de détail. Quoi qu'on fasse, le nantissement du fonds de commerce constituera toujours, en effet, une sûreté quelque peu aléatoire. Le fonds de commerce renferme en effet, nous l'avons vu, une valeur d'importance capitale, mais essentiellement variable : l'achalandage. La valeur du fonds varie avec cette valeur mobile, elle en suit toutes les fluctuations ; dès lors on comprend aisément que ce sera seulement faute de pouvoir exiger une plus stable et plus facilement appréciable garantie, qu'un créancier se contentera d'un pareil nantissement,

Le commerçant en gros n'en fera pas un usage normal : le commerce qu'il exerce suppose de gros capitaux, argent, marchandises, créances et immeubles. Chacun de ces biens lui ouvre un crédit spécial : avec son capital argent, il fournira à un banquier une provision, premier article d'un compte courant, et garantie d'une ouverture de crédit ; la lettre de voiture, le connaissement, le warrant, représentant ses marchandises en cours de route ou en magasin, seront pour lui autant d'instruments de crédit ; l'hypothèque, l'antichrèse de ses immeubles lui fourniront les garanties les plus sûres des avances qu'il sollicitera. Il en est autrement *du commerce de détail* ; le détaillant, surtout, à son début dans les affaires, n'a qu'un capital restreint, immédiatement employé à l'acquisition du fonds et des marchandises nécessaires à son alimentation : ce fonds sera, ou peu s'en faut, tout son avoir : il faut qu'il devienne un instrument de crédit, et c'est pour de pareils commerçants que se *justifiera* la pratique normale de notre nantissement.

C'est à dessein que nous parlons ici au futur : avant la loi nouvelle, c'était un fait bien admis que, dans la pratique des affaires, la remise d'un fonds de commerce de détail en nantissement était toujours le signe avant-coureur de la déconfiture : c'était le dernier acte du débiteur aux abois, résolu à trouver de l'argent coûte que coûte, même aux dépens des créanciers, des fournisseurs en gros qui avaient jusque-là nourri et alimenté son commerce ; dans les conditions où il interve-

nait, ce contrat était toujours suspect ; il avait acquis un renom certain de fraude et de malhonnêteté qu'explique, au moins autant que les arguments juridiques invoqués plus haut, la rigueur avec laquelle les tribunaux consulaires proscrivaient ce contrat.

Si l'on joint à cette première cause de défaveur, l'incertitude où l'on était, avant le 1^{er} mars 1898, pour fixer les conditions de validité de notre contrat, on appréciera aisément le service énorme rendu à la vie des affaires par la loi nouvelle ; dans ce domaine de la fraude et du doute, elle tend à faire régner l'honnêteté et la sécurité, et, conséquence plus lointaine, mais cependant incontestable, elle tend à assurer une équitable association du capital et du travail : ce double résultat mérite quelque développement.

Reconnu et bientôt réglementé en termes formels par la loi, le contrat de nantissement devra sortir de la sphère des contrats louches où jusqu'ici il se tenait ; il sera, nous l'avons dit, la garantie nécessaire du vendeur de fonds partiellement impayé ; et par cela même que le vendeur retrouvera dans ce privilège une garantie que le droit commun du commerce ne lui reconnaît pas, il vendra plus facilement à crédit (1) : le fonds de commerce verra ainsi augmenter en première ligne sa *valeur de circulation*.

En second lieu, le contrat de nantissement permettra une réalisation *adéquate* de la *valeur de crédit* renfermée dans le fonds : le créancier qui prêterait sur le fonds

(1) *Suprà*, p. 156.

ne sera plus, comme autrefois, un usurier faisant payer très cher l'avance qui doit reculer la faillite, ou un créancier plus âpre que les autres, désireux de se faire, à la veille de la faillite, et par un acte occulte, une situation privilégiée : le nantissement, public par nature, reconnu et sanctionné par la loi, trouvera son application dans l'hypothèse usuelle, que nous allons préciser, et où cette application est à la fois équitable et féconde.

Un certain nombre de commerces de détail résistent encore victorieusement à la concurrence des grands magasins ; ou, pour mieux dire, ils n'ont encore rien à redouter d'une concurrence qui ne les a pas attaqués : ce sont les commerces ayant pour objet la vente des denrées de consommation usuelle et journalière, des denrées qui doivent se trouver à proximité de chaque consommateur, parce que, par nature, elles ne peuvent être consommées que fraîches, achetées qu'en petites quantités, et à intervalles rapprochés. Les divers *commerces de l'alimentation parisienne* rentrent dans cette catégorie ; il faut forcément dans chaque quartier, des boulangers, des épiciers, des charcutiers, des bouchers, et même, pour la consommation des ménages ouvriers, des marchands de vin au détail. En fait cependant, ces commerces n'ont pas échappé à la tendance économique de la concentration et de l'association des capitaux, tendance qui a créé pour d'autres commerces le « grand magasin ». Toute la différence, c'est qu'ici les capitaux agglomérés n'ont pas pu organiser de vastes bazars, en nombre restreint et limité : ils ont

dù laisser subsister l'humble boutique du détaillant, mais ils y ont néanmoins pénétré tantôt en maîtres, tantôt en associés.

La première hypothèse est celle du négociant en gros qui organise dans Paris des lieux de débit où il place un homme de confiance, commerçant en apparence sous son nom personnel, mais tenant en fait l'emploi d'un simple gérant, rémunéré par un tant pour cent des bénéfices, ou une remise sur les fournitures faites. La seconde hypothèse est celle d'une association de fait entre un négociant fournissant des marchandises, avançant même le prix de fonds à acquérir, et un ancien commis, salarié devenu patron, qui reste, au sens romain du mot, le « client » et le protégé de son ancien patron.

En ce qui concerne le commerce de détail cette dernière combinaison permet au débitant travailleur d'acquérir à son tour un capital, elle lui met en main l'instrument d'émancipation dont il ne tient plus qu'à lui de faire bon usage. Elle a, par cela même, une haute portée sociale, et tend, dans une certaine mesure, à rendre plus justes et plus humains les rapports du capital et du travail (1).

(1) On peut noter ici la rareté de l'association en commandite entre négociant et débitant; le fournisseur veut bien faire des avances, mais en cas de faillite, il entend venir au moins au marc le franc à la distribution. S'il avait la situation d'un commanditaire, il passerait après tous les créanciers du débitant: aussi préfère-t-il la situation de prêteur, et surtout de prêteur garanti par un nantissement. Avant la loi nouvelle, le négociant n'ayant que la situation d'un créancier chirographaire, il se couvrait par avance contre l'insolvabilité éventuelle du débitant en majorant d'une certaine somme, sinon les intérêts des

Mais dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un simple gérant ou d'un débitant auquel un négociant a fait des avances, la loi nouvelle trouvera une utile application. Le négociant fera au débitant des conditions d'autant plus douces qu'il aura lui-même moins de chances de pertes. Nanti du fonds, il est garanti dans la plus large mesure possible contre l'insolvabilité de son gérant ou de son débiteur. Cette sûreté ne coûte rien à ces derniers, elle consacre seulement un droit de préférence légitime en faveur de celui sans l'intervention duquel ils n'auraient pas leur situation actuelle. Elle présente, comme nous le disions plus haut, le caractère d'une institution d'équitable et sociale utilité.

La loi du 1^{er} mars 1898 a ajouté à l'article 2075, C. civ. (titre du gage) un paragraphe ainsi conçu. « Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

Il semble, tout d'abord, résulter de ces termes que *la sûreté constituée par la loi nouvelle, est un gage et non une hypothèque*. Cette affirmation est grosse de conséquences. Il faut tout d'abord la justifier. Le texte nouveau figure en effet dans une section, et dans un article où il avances d'argent, au moins le prix des fournitures qu'il lui faisait ; cette somme constituait une véritable prime d'assurance payée par le débitant : cette majoration imposée au client débiteur de fortes avances ou de factures arriérées n'aura plus de raison d'être : la garantie du nantissement la remplacera — du moins il faut l'espérer.

est exclusivement traité « du gage ». Mais, solution très particulière, il a été formellement dit dans les travaux préparatoires que la loi nouvelle supprimait toute condition de dessaisissement et de publicité autres que celles qu'elle imposait elle-même. La preuve en résulte des travaux préparatoires. Le texte proposé par M. Millerand et voté par la Chambre commençait par les mots « En outre » — qui ont été supprimés au Sénat sur le rapport de M. Thézard, et avec la déclaration formelle que nous venons de rappeler.

Voilà donc un gage exclusif de tout nantissement effectif, que faut-il conclure de là ? Le gage implique, de droit commun, deux sûretés au profit du gagiste. Un *privilege* avec droit de suite (1) et droit de préférence, et un *droit de rétention*. En est-il de même depuis la loi nouvelle, et tout d'abord, le créancier jouit-il encore d'un droit de rétention ?

Il faut convenir que ce droit de rétention serait assez mal qualifié. On en retient que ce qu'on a reçu, et dans le système inauguré, à aucun moment le créancier n'est nanti du gage. Il faut donc reconnaître, avec les lumières du simple bon sens, à ce point de vue, une nouvelle dérogation aux principes généraux du gage, et décider que le nantissement du fonds de commerce exclusif de toute

(1) Ce droit de suite n'est limité que par la règle de l'art. 2279 et nous savons que ce texte est sans application au fonds de commerce, meuble incorporel.

mise en possession, est par cela même exclusif du droit de rétention.

Le nantissement confère donc uniquement un droit de suite sur le fonds lui-même et un droit de préférence sur le prix à provenir du fonds de commerce lors de la vente.

Ce droit de préférence peut être successivement conféré à plusieurs créanciers qui l'exercent suivant un ordre à déterminer ; il en résulte que la puissance de crédit du fonds de commerce peut être utilisée jusqu'à sa dernière limite.

Mais par ces deux caractères, absence de mise en possession, concours de plusieurs créanciers, la sûreté organisée par la loi nouvelle devient singulièrement analogue à l'hypothèque immobilière ; la ressemblance se précise quand on se demande *à quelles conditions de sûreté conférée est opposable aux tiers.*

Du principe posé dans la discussion préparatoire et rappelé plus haut, il résulte tout d'abord que la constitution en nantissement n'a pas à faire l'objet d'un acte écrit, enregistré ; toutes les règles de notre contrat tiennent dans le dernier paragraphe ajouté à l'article 2075, où rien de pareil ne se rencontre (1).

(1) Il a été dit formellement dans les travaux préparatoires, tant par M. Millerand à la Chambre que par M. Thézard au Sénat, que la véritable place de la loi nouvelle se trouvait au Code de commerce, que son insertion au Code civil ne devait rien faire préjuger quant à la nature juridique du nantissement qu'elle réglementait. A supposer

Il suffira donc que l'*inscription* prise contienne les mentions nécessaires, et entre autres, ce qui sera certainement suffisant, l'indication qu'elle est requise en vertu d'une convention verbale intervenue entre les parties.

Que contiendra cette inscription ? Dans le silence de la loi écrite il semble bien difficile d'imposer d'une façon absolue, à l'inscription de nantissement, les prescriptions étroites qui régissent l'inscription d'hypothèque immobilière. Nous admettrons pourtant, en vertu des exigences de la seule raison, que l'inscription doit contenir les mentions qui permettent d'identifier sans erreur ni confusion le fonds de commerce donné en gage (situation immobilière, nature de commerce, nom commercial, enseigne) ; nous exigerons aussi la mention des sommes principales et nécessaires à la sûreté desquelles le fonds est engagé ; c'est le seul moyen de régler le concours des nantissements sur un même fonds, concours que la loi a rendu possible et pratique en supprimant l'exigence ancienne du dessaisissement, le seul moyen également de permettre

donc que ce nantissement présente un caractère commercial (et ce sera l'hypothèse la plus fréquente), il convient de lui faire application de l'art. 94 du C. de com. ; en conséquence, à l'égard de toutes personnes le nantissement du fonds de commerce, meuble incorporel, peut être valablement fondé sur de simples conventions verbales. — Il n'y a pas à tirer contre cette solution un argument de l'art. 91, C. com., alinéa 4 ; cet alinéa n'apporte de restriction au principe posé par l'alinéa 1, rappelé à l'instant même, qu'en ce qui concerne les créances mobilières dont la cession nécessite la signification de l'art. 1690 ; le fonds de commerce ne rentre évidemment pas dans les termes de cette exception ; il est une propriété, et non une créance.

avec quelque sécurité et dans de bonnes conditions, la constitution de nantissements successifs sur un même fonds. En exigeant la publicité du « nantissement » la loi a voulu que fussent rendus publics les *éléments nécessaires* de ce contrat, ceux que nous venons d'énumérer (nature du gage, chiffre des créances garanties) nous paraissent présenter ce caractère.

Un fonds de commerce n'a jamais, selon nous, d'autre élément essentiel que son achalandage, — achalandage et fonds de commerce étant au fond deux termes quelque peu synonymes et qui se supposent mutuellement ; tous les autres éléments (nom commercial, enseigne, matériel) peuvent être distraits du fonds que cette opération amoindrit sans le supprimer. Si donc le gagiste veut acquérir un droit opposable aux acquéreurs de ces droits, considérés et cédés à part les uns des autres, il agira prudemment en mentionnant dans son inscription quels droits composent le fonds de commerce au jour de la constitution de gage et en sont affectés (1).

Le droit de gage du créancier nanti d'un fonds de commerce porte en effet sur cette entité juridique, élastique et variable à l'infini que nous avons définie : « un ensemble de moyens employés à la conquête du bénéfice commercial ». Il n'a pas un droit de gage formel sur les marchandises ou le matériel garnissant le fonds ; son droit de gage

(1) Il nous est signalé que la pratique entre déjà dans cette voie et annexe des états descriptifs et énumératifs du matériel aux inscriptions de nantissement.

frappe virtuellement ces mêmes objets, mais seulement aussi longtemps qu'ils font partie du fonds, et comme partie de ce fonds. Si le débiteur les aliène, cette aliénation sera valable, d'abord parce qu'il s'agit de meubles corporels sans suite par hypothèque, et ensuite parce que le droit de gage invoqué ne porte pas sur ces objets *ut singuli* ». Et même, à notre avis, le gagiste d'un fonds de commerce ne pourrait prétendre aucun droit de préférence sur le prix de semblables aliénations encore dû et saisi-arrêté par lui.

Tout ce qui sera possible, c'est que cette diminution de la sûreté constituée ouvre au créancier un droit à un paiement immédiat (art. 1118) et encore faut-il que les aliénations relevées ne portent pas sur des éléments fongibles du fonds de commerce, qu'elles ne constituent pas des actes d'aliénation nécessaires, expliqués par les nécessités du commerce et que le créancier ait dû prévoir.

Le droit de requérir dans les termes précisés l'inscription de nantissement appartient au gagiste par le fait seul de la conclusion du contrat, « c'est le fonds tout entier » considéré dans son unité et dans son intégrité juridique qui lui est donné en gage.

Ce principe d'unité doit être appliqué avec d'autant plus de rigueur aux difficultés de la loi nouvelle, que, dans les travaux préparatoires, il a trouvé pour la première fois sa formule officielle sous la plume de l'honorable rapporteur M. Thézard : « Le fonds de commerce est un ensemble, de nature incorporelle, bien que pouvant contenir des

objets corporels : *telle l'hérédité pour les jurisconsultes romains*. C'est donc par le caractère de cet ensemble considéré comme objet principal qu'il faut déterminer la règle à suivre, les objets particuliers qui y sont compris ne sont que des accessoires qui doivent suivre le même sort. »

Nous déciderons donc, par une formule générale, que tous les droits mobiliers corporels ou incorporels compris dans le fonds de commerce sont valablement mis en gage suivant les seules formalités de la loi de 1898 : la solution est vraie même en ce qui concerne les brevets exploités dans le fonds et qui en font partie (1).

Les éléments immobiliers du fonds de commerce restent au contraire hors l'application de la loi nouvelle. C'est un principe de notre droit que la loi commerciale ne régit pas les immeubles auxquels les formalités lentes et minutieuses de la loi civile conviennent mieux. Or, il a été dit dans les travaux préparatoires que la place donnée au texte nouveau dans l'article 2075 du Code civil ne devait pas faire illusion, et que la vraie place de l'article eût été dans l'article 91 du Code de commerce. Il eût été, à notre avis, plus simple de l'y mettre ; quoi qu'il en soit, la solution reste acquise.

Cette solution, qui a le tort de diviser le fonds de commerce, de ruiner sa valeur en brisant son unité, sera au contraire sans danger le jour où l'immobilisation du fonds de commerce sera permise par la loi, sous les conditions

(1) Cassation, argument, 12 juillet 1897. *G. P.*, 24 juillet 1897.

de publicité et avec les garanties que nous avons indiquées plus haut (1).

Le fonds de commerce peut changer d'assiette, son lieu d'exploitation variant au gré de son propriétaire. — Nous exigerons que le créancier gagiste porte la nouvelle situation du fonds à la connaissance des tiers par une mention en marge de l'inscription primitive devenue insuffisante à l'identification exacte du fonds.

Faute de cette précaution, le greffier du Tribunal de commerce, ignorant du transfert et de l'identité de deux maisons, pourrait délivrer des extraits inexacts se rapportant à la nouvelle maison ouverte. Les tiers qui auraient acquis le fonds et payé leur prix sur ces données inexacts demeureraient propriétaires incommutables à l'encontre des créanciers inscrits sur le fonds avant son transfert, et la responsabilité du greffier ne pourrait même être mise en cause, aucune faute ne pouvant lui être reprochée. Si le prix n'avait pas encore été réparti, les créanciers inscrits sur le fonds avant son transfert pourraient seulement faire valoir, dans la contribution, leur droit de préférence (*analogie*, art. 2198).

Il a été dit dans les travaux préparatoires que l'inscription n'était pas requise entre le créancier et le débiteur : cela est exact, et la constitution de gage est productive d'obligations entre les parties par le seul fait de leur accord. Observons au contraire qu'elle n'engendre par elle-même entre les parties aucun droit réel ; le privilège du

(1) V. Chapitre II, 1^{re} partie.

gagiste n'a d'effet qu'à l'encontre des tiers, et le droit de rétention, qui seul produirait effet à l'encontre du constituant, n'existe pas en notre matière.

Les termes de la loi nouvelle étant absolument généraux, il faut comprendre sous le nom de « tiers » tous ceux auxquels préjudicie la constitution du gage : Aussi bien les gagistes venant en concurrence, que les simples créanciers chirographaires qui ont saisi-arrêté le prix du fonds, soit qu'ils agissent par eux-mêmes ou, au cas de faillite, par le syndic de leur débiteur.

La convention de gage assure, en droit commun, au créancier, un droit de suite (1) sur le gage et un droit de préférence sur le prix à provenir du bien gagé. *Quid* en notre matière ?

Et d'abord le créancier auquel un fonds de commerce a été donné en gage, a-t-il sur ce fonds un droit de suite ?

L'affirmative ne peut souffrir aucun doute. Le fonds de commerce meuble incorporel est, dans tous les cas, susceptible d'une revendication utile, *tam pignoris quam dominii causa*. La protection de l'article 2279 et son corollaire « Meubles n'ont point de suite par hypothèque » ne peut être invoquée par l'acquéreur du fonds contre l'action du créancier gagiste. Le fonds de commerce est une propriété précieuse qui se transmet autrement que par une tradition manuelle. Elle comporte, suivant l'expression notariale, « un état civil ». Ses propriétaires

(1) V. *suprà*, note.

successifs peuvent être aisément retrouvés, leur capacité vérifiée et leurs droits contrôlés.

Une conséquence naturelle découle de cette constatation. Si le fonds de commerce est susceptible d'un droit de suite, la validité des concessions de droit réel dont il est l'objet, dépend de la preuve d'une origine de propriété régulière. Celui donc qui n'a pas fondé lui-même un fonds de commerce, ou ne le possède pas depuis au moins trente ans, celui-là, s'il veut vendre son fonds, ou le donner en gage, avec quelque sécurité pour son preneur, doit lui fournir la preuve de cette origine de propriété. Que devient alors le principe, cependant exact en droit, que les mutations de fonds de commerce ne sont pas forcément constatées par écrit ? Il y a longtemps que la pratique reconnaît le principe inverse. Toutes les mutations de fonds se constatent par écrit ; cette pratique, il faut l'espérer, sera la loi de demain. La force même des choses commande, pour les mutations de propriété de fonds de commerce, ce que la loi écrite impose pour les mutations de propriété concernant les navires (1) : la nécessité d'une preuve écrite, et, entre ces deux meubles précieux, de nature analogue, ce n'est pas la seule ressemblance qu'il nous faut noter.

La logique seule nous conduit plus loin ; le registre des nantissemements suppose un registre des mutations : la preuve publique des droits réels de gage ou d'hypothèque

(1) Art. 195, § 1, C. com.

n'est organisée utilement qu'à l'aide de la preuve également publique des mutations de propriété. La loi de demain devra forcément organiser la transcription des ventes de fonds, la tenue d'un registre faisant seul foi, *erga omnes*, et donnant aux constitutions des fonds en gage, la même sécurité, la même stabilité qui règne dans nos transactions immobilières.

Jusqu'à quelle époque le créancier peut-il, en prenant inscription, conserver son droit de poursuite sur le fonds entre les mains de tous acquéreurs ? A notre avis, une distinction déjà faite doit ici trouver une nouvelle application : au cas où la vente du fonds est une vente commerciale, elle est opposable à tous du jour où elle est définitive entre les parties, la preuve de cette conclusion et de la date où elle s'est produite, résultera valablement, sous le contrôle du tribunal, de tous actes, indices et présomptions ; ce qui exclut, suivant une jurisprudence et une doctrine constantes, l'exigence de la date certaine. L'article 1348 est étranger par ses termes mêmes aux matières commerciales où il n'est pas impérativement prescrit de « passer un acte » (art. 109, C. com.)

Si au contraire (et ce sera l'exception), notre vente n'est pas commerciale, le créancier gagiste pourra valablement inscrire son privilège jusqu'au jour où l'acquisition qu'on lui oppose aura acquis date certaine suivant l'un des procédés indiqués dans l'article 1348, C. civ.

Il faut, au point de vue qui nous occupe actuellement, noter un assez singulier oubli du législateur. La loi nou-

velle; en supprimant l'obligation du dessaisissement au profit du gagiste, admet implicitement, comme une hypothèse normale, le concours de gagistes successifs sur un même fonds. Deux possessions rivales s'excluent, deux inscriptions se combinent. *Quid si le fonds, vendu par le débiteur, ne produit pas un prix suffisant pour désintéresser tous les créanciers inscrits?* En matière immobilière la difficulté a été prévue; l'acquéreur d'immeuble trouve dans la loi un procédé pour demeurer propriétaire incommutable moyennant le seul paiement de son prix: ce procédé c'est la purge des hypothèques. En notre matière rien de semblable: le gagiste tient son droit de la convention et n'en peut être privé malgré lui hors le cas d'un paiement intégral, et celui où il a lui-même requis la vente aux enchères du fonds gagé.

Cette solution implique que l'ordre des inscriptions n'indiquera pas véritablement l'ordre de préférence des créanciers nantis; le dernier des créanciers a un droit égal à celui du premier inscrit, celui-ci peut faire sans doute vendre le fonds et se payer sur le prix, mais l'autre peut mettre à cette vente un obstacle infranchissable, puisque tous les créanciers qui le précèdent étant désintéressés, son inscription persiste et par suite le droit d'évincer l'acquéreur: cette menace rend impossible toute adjudication.

Il n'y a pas d'argument à tirer contre cette solution du principe qu'en matière mobilière la loi n'admet pas de surenchère; cela est vrai de la vente publique des meubles

corporels après saisie-exécution, et s'explique par l'impossibilité juridique d'évincer un acquéreur qui a payé son prix et s'abrite derrière la maxime : « En fait de meubles possession vaut titre ». Cet argument est sans valeur en une matière où l'article 2279 est inapplicable. La vente des meubles susceptibles d'un droit de suite, admet au contraire en principe la surenchère ; une disposition légale est nécessaire pour l'interdire et purger ainsi par le seul effet de l'adjudication les gages ou mieux les hypothèques qui grèvent leur propriété. (Argument, art. 29, loi du 10 juillet 1883, sur l'hypothèque maintenue). (1)

Exécution du gage par le créancier nanti. Cette exécution nous paraît régie par l'article 2078 du Code civil et non par l'article 92 du Code de commerce : le droit d'exécution rapide, simplifié et économique, organisé par ce dernier texte, ne s'applique qu'au gage commercial des choses corporelles. Cela résulte des termes mêmes de l'article qui charge en principe de la vente du gage les *courtiers*, compétents pour la vente des seules « marchandises (2) », et du renvoi fait par l'article à la loi du 28 mai 1858 : *sur les ventes publiques de marchandises en gros*.

La vente aux enchères sur la réquisition du créancier (art. 2078) aura donc lieu sous les conditions protectrices

(1) En ce qui concerne l'époque jusqu'à laquelle le gagiste peut valablement inscrire son gage à l'encontre de la faillite : application pure et simple de l'art. 448, C. comm.

(2) Rennes, 21 décembre 1897. Précité.

ordonnées par le *Tribunal civil* et par le ministère du notaire, seul officier compétent ; cette compétence, dont la justification juridique a été indiquée plus haut, se justifie par la nécessité de fixer l'origine de propriété du fonds, la garantie due par le vendeur, le mode de payement du prix : toutes difficultés dont le règlement échappe par nature aux attributions des courtiers et commissaires-pri-seurs (1). Le créancier peut aussi requérir l'estimation du fonds par experts et en obtenir l'attribution à son profit avec compensation à due concurrence entre ses créanciers et le prix ainsi fixé. (Art. 2078.)

Le droit de choisir entre ces deux procédures est reconnu au seul créancier; ce droit est absolu et ne peut être entravé (Sirey, 28. 2. 174. A. et Rau, 4, § 434, note 10).

Ainsi se vérifie l'importance d'une observation précédemment faite. La loi du 1^{er} mars 1898, en organisant le nantissement du fonds de commerce, a laissé cette matière sous l'influence des principes généraux, régissant le gage : d'où la facilité de réalisation du fonds donné en nantissement dans les termes de l'article 2078; s'il en était autrement, et si le créancier nanti devait, comme le créancier hypothécaire immobilier, recourir aux voies d'exécution du droit commun, dans quelles incertitudes ne tomberait-on pas? La loi, on le sait, n'a prévu aucune saisie du fonds de commerce et par son silence même, cette valeur

(1) Limoges, 17 février 1897. Précité.

échappe à toute voie d'exécution forcée : cet oubli est sans importance, au moins dans l'hypothèse particulière d'un nantissement si l'on admet, avec nous, que le nantissement du fonds de commerce est soumis aux principes généraux du gage.

Le droit de préférence qui appartient au créancier gagiste sur le prix du fonds de commerce ne donne lieu à aucune observation particulière. Ce droit de préférence, à l'exception d'une hypothèse spéciale indiquée plus haut (1), ne survit jamais au droit de suite. La même condition de publicité est imposée à l'exercice de ces deux droits, envers tous les « tiers », aussi bien ceux qui prétendent droit sur la chose, que ceux dont la prétention se limite à obtenir collocation sur le prix qui en provient.

Il faut rappeler enfin que le créancier, nanti de gage, conserve intact son droit d'exécution, alors même que le constituant a été déclaré en faillite, si du moins ce créancier n'a pas renoncé à son privilège, et ne s'est pas soumis à la loi du dividende en votant sur le concordat demandé par le débiteur (art. 508 et 548 du C. com.).

La loi du 1^{er} mars 1898 est une excellente loi en ce sens qu'elle rendra impossible sinon immédiatement au moins à très bref délai (V. *infra*), tous les conflits et tous les procès que faisait naître l'incertitude antérieure des pratiques concernant le nantissement des fonds de commerce. La loi nouvelle a posé en principe la validité de ce nan-

(1) Page 293.

tissement, mais elle a eu le tort de ne pas prévoir toute une série de conflits secondaires auxquels le principe qu'elle posait devait forcément donner naissance. Cette loi a eu le tort également de ne pas prévoir avec détail les mesures d'exécution nécessaires à la mise en œuvre utile du principe qu'elle posait. C'est à ce double ordre d'idées que se rattachent les observations suivantes, empruntées, en grande partie, aux doléances de la pratique notariale et aux plaintes légitimes des greffiers de tribunaux consulaires consultés par nous.

α. *Conflit entre le gagiste d'un fonds de commerce et le bailleur de l'immeuble où ce fonds est exploité.*

Ce premier conflit nous paraît aisément résoluble malgré le silence de la loi. En effet le privilège légal du bailleur d'immeuble sur les biens garnissant les lieux loués et en particulier sur le fonds de commerce qui y est exploité, et le privilège conventionnel du créancier nanti, sont deux privilèges du même ordre provenant d'une même cause de préférence : la possession, la détention médiate ou immédiate du bien gagé.

Or il est de principe, dans une matière où le droit de suite s'exerce normalement, que la possession la plus ancienne prime la plus récente, le bien gagé n'étant grevé du plus récent privilège que *cum sua causa*, c'est-à-dire avec la nécessité de respecter le privilège plus ancien qui le grève. Ce principe incontestable donne la clef de cette première difficulté ; le bailleur pri-

mera en général le créancier nanti du fonds, le gage tacite dont le premier bénéficie étant antérieur au gage exprès du second (Arg., art. 819 *in fine*, C. pén. civil).

β. *Conflit entre le créancier nanti et l'acquéreur ou le créancier nanti d'éléments particuliers du fonds.*

La solution de ce conflit paraît plus délicate : nul doute, tout d'abord, que l'acquéreur de bonne foi des *marchandises garnissant le fonds* ne soit protégé à l'égard du créancier nanti du fonds par la disposition de l'article 2279. En effet, ce dernier a dû envisager comme possible l'aliénation des éléments *fongibles* du fonds de commerce ; la dation en nantissement de ce fonds ne doit pas en arrêter la vie active et féconde : toutes les aliénations et concessions de droits réels imposées normalement par les nécessités de l'exploitation commerciale sont opposables au créancier nanti *du fonds*.

Le point de savoir si ces aliénations ou concessions de droits réels, présentent ce caractère normal et nécessaire, reste une question de fait abandonnée à l'arbitraire des juges du fond jusqu'au jour, où, selon notre vœu, une disposition impérative de la loi imposera au créancier nanti de faire connaître aux tiers les éléments fondamentaux et invariables du fonds gagé.

γ. *Conflit du gagiste général d'un fonds de commerce avec le vendeur d'objets mobiliers.*

Ce conflit doit être résolu par un argument d'analogie

tiré des termes de l'article 2102. 4^o § 3 du Code civil. Le principe qui s'induit de ce texte peut être formulé de la façon suivante : « le gagiste dans le gage duquel est entré un objet mobilier corporel acquis à crédit, doit être préféré au vendeur de cet objet, si du moins il est de bonne foi et ignore que le prix de cet objet soit encore dû. » Le créancier nanti d'un fonds de commerce primera donc sur la valeur de tous les objets qui y entreront le vendeur desdits objets ; cette solution rigoureuse en apparence, n'est pas abusive puisqu'elle admet un tempérament facile : une simple signification faite au créancier nanti du fonds suffira à réserver tous les droits du vendeur d'objets mobiliers.

Le silence, disons mieux, l'imprévoyance de la loi nouvelle donne lieu à une dernière difficulté : *les nantissements constitués antérieurement à cette loi sont-ils soumis à la formalité de l'inscription ?*

La négative ne pourrait être soutenue que par une fausse interprétation du principe de non rétroactivité (art. 2, Code civil). Malgré les termes de cet article, on s'accorde à reconnaître que la loi nouvelle doit en principe recevoir son application du jour même qu'elle est promulguée. Elle constitue *a priori* un progrès dont la réalisation immédiate importe au bien général. Cette application ne cesse que devant le respect des droits acquis (A. et Rau, t. I. page 58).

Quel était donc le droit acquis aux créanciers gagistes lors de la promulgation de la loi nouvelle ? A cette date, ils avaient droit d'opposer aux tiers leur droit de gage

sous les seules conditions de la jurisprudence existante (??), et à compter du jour où ils en avaient rempli les prescriptions ; si donc antérieurement à la loi nouvelle ils avaient poursuivi la vente du gage et formé leur demande en collocation, ils avaient un droit acquis à ce que les autres intéressés ne pussent ultérieurement leur demander d'autres justifications que celles imposées par la jurisprudence contemporaine du moment où leur droit de gage s'était réalisé et leur avait assuré un payement par privilège.

Mais aussi longtemps que cette réalisation n'est pas au moins entamée, le créancier gagiste n'a qu'un droit virtuel dont l'exercice et la conservation peuvent être pour l'avenir soumis à de nouvelles conditions par une nouvelle loi. Tout ce qu'il faut, c'est que le créancier qui se conforme à cette loi ne perde pas le rang de priorité auquel les diligences, faites en conformité de la loi ancienne, lui donnaient droit : la seule chose qui lui fut définitivement acquise, c'était son rang dans l'ordre des créanciers. La conservation de ce rang peut être soumise à des exigences nouvelles, mais le créancier qui s'y conforme doit en garder le bénéfice.

Si donc le créancier a pris inscription, au jour même où la loi est devenue exécutoire (3 mars 1898 à Paris), il conserve le rang qui lui était acquis en vertu de la jurisprudence ancienne, et dont les controverses seront ainsi ranimées pendant une assez longue période transitoire. Et tous les créanciers anciens inscrits ce même jour, 1^{er} mars 1898, viendront suivant le rang antérieurement acquis à leur

créance. Cette inscription n'a pour eux qu'un effet conservatoire.

Si le créancier ne s'est inscrit au contraire que le 10 mars, dans l'intervalle du 3 au 10 mars, son droit régi par la loi nouvelle, a cessé d'être opposable aux tiers, il ne le redevient qu'au jour et à la date de l'inscription prise. Si donc la faillite a été déclarée dans cet intervalle, ou des inscriptions prises par d'autres créanciers gagistes, les droits de notre créancier seront gravement compromis ou même supprimés.

Cette rigueur excessive, et même absurde, eût été aisément évitée par la concession d'un délai de grâce pendant lequel les créanciers nantis de gage auraient pu s'inscrire avec effet rétroactif au jour où la loi était devenue exécutoire et conserver à leur privilège son rang primitif. L'oubli du législateur est d'autant plus inexcusable qu'il existe un précédent célèbre dont on aurait pu s'inspirer. L'article 2135 du Code civil assurait à certaines hypothèques un rang privilégié indépendamment de toute inscription; la loi de 1855 sur la transcription vint restreindre cette faveur et exiger l'inscription de ces hypothèques, au moins dans certains cas où l'hypothèque ne prendrait plus rang qu'à la date de son inscription (article 8, loi de 1855). Cette formalité immédiatement applicable, en théorie, aurait pu léser des intérêts respectables. La loi accorda expressément un délai d'un an aux intéressés, pour s'inscrire avec effet rétroactif au jour où la loi devenait exécutoire, et conserver ainsi le rang que leur

assurait l'article 2135 du Code civil. (Article 11 § 5.) Elle poussa même la prudence jusqu'à ne faire courir le délai que du 1^{er} janvier 1856 (article 10).

Ces précautions démontrent bien qu'aux yeux du législateur de 1855, la conservation du rang d'un privilège est soumise de droit commun à toutes les exigences des lois nouvelles; elles constituaient ensuite un utile enseignement que les jurisconsultes éminents qui collaborèrent à la loi de mars 1898, auraient pu se rappeler.

Quoi qu'il en soit et aussi longtemps qu'une loi palliative ne sera pas intervenue, la loi du 1^{er} mars 1898 doit s'appliquer du jour où elle est devenue exécutoire. Tous les nantissements anciens qui n'ont pas été inscrits avant le 3 mars au soir ne prennent rang que du jour où la formalité a été remplie.

Les observations qui précèdent paraissent bien montrer chez le législateur de 1898, en même temps que la bonne volonté louable de faire disparaître d'anciens conflits, l'ignorance de la portée et des conséquences qu'allait avoir la réforme accomplie. La loi nouvelle a reconnu le principe de l'unité et de l'indivisibilité du fonds de commerce, elle a tenté de lui donner une valeur de crédit aisément réalisable. Dans ce but elle a posé en principe la validité du nantissement des fonds de commerce, mais elle a oublié d'en organiser la pratique. La critique rapide de ces imperfections sera l'objet de nos dernières observations.

L'auxiliaire auquel la loi nouvelle s'adresse, c'est le greffier des tribunaux consulaires, Quels sont donc les

devoirs nouveaux imposés à cet officier ministériel par la loi du 1^{er} mars 1898 ?

Cette loi prescrit la tenue d'un registre *public* des actes de nantissement. Mais que portera-t-on sur ce registre ? Quelles mentions seront nécessairement publiées ? Faudra-t-il décrire les éléments du fonds gagé, indiquer le chiffre de la créance garantie, de ses accessoires, l'époque de son exigibilité ? Nous le croyons d'après les indications de la seule raison ; un texte précis viendrait utilement appuyer ces solutions (1).

En quoi consistera la publicité organisée par la loi ? Certains greffiers, désireux, à n'en pas douter, de diminuer leurs charges et leurs responsabilités, semblent se borner à autoriser tout requérant à compulser, à ses risques et périls, le registre des nantissements. D'autres greffiers, meilleurs juristes, appliquent au registre nouveau la règle générale de l'article 853 du Code de procédure civile et sans permettre aux parties une réquisition personnelle, source d'abus possibles, leur délivrent seulement les extraits par elle requis et concernant les personnes qu'elles désignent. Ce dernier procédé nous paraît seul légal, il serait utile qu'un texte vint le consacrer.

Par ailleurs la loi organisatrice du crédit des fonds de commerce ne peut utilement fonctionner, que si, à côté du certificat d'inscription de nantissement, le greffier est contraint, en l'absence de toute inscription, à délivrer un

(1) Voir *suprà*, p. 194.

certificat négatif. Mais la délivrance d'un pareil certificat est susceptible d'engager gravement sa responsabilité. La majorité des greffiers en l'absence d'un texte formel, se refusent avec raison, surtout dans les grandes villes où chaque commerçant n'est pas personnellement connu du greffier, à encourir de bonne volonté une aussi lourde responsabilité.

Cette réserve se comprend d'autant mieux dans les grands centres qu'en l'absence de toute disposition réglementaire soigneusement élaborée, des erreurs dues à des homonymies de noms propres ou de noms de rues et de communes, peuvent se produire; *le répertoire alphabétique* tenu officieusement par le greffier est insuffisant à les prévenir.

Que doit comprendre l'inscription de nantissement? C'est un point que nous avons examiné plus haut. Il faut reconnaître que même la solution par nous défendue ne sauvegarde pas suffisamment les droits des tiers : on ne connaîtra jamais le montant exact des créances garanties qui se grossiront indéfiniment des intérêts échus et impayés, dûment réclamés en justice : le besoin d'une disposition analogue à l'article 2151 du Code civil est évident.

De même encore, un fonds pouvant à volonté comprendre ou ne pas comprendre certains éléments (nom commercial, brevets, etc...), pour prévenir tout litige, il conviendrait de spécialiser le gage en énumérant, dans l'inscription prise, les éléments du fonds grevé. Au contraire, le silence de la loi actuelle laisse possibles trop de litiges; quels sont les éléments du fonds compris dans le

nantissement à titre nécessaire et essentiel ? Question de fait qu'aucun principe ne permet de trancher, et par suite, doutes et procès.

Enfin le mécanisme même de l'inscription ne présente aucune garantie pour les justiciables : aucune réquisition d'inscription signée des parties n'est annexée au procès-verbal d'inscription, si bien que toutes les fraudes et tous les faux sont possibles ; une fois l'inscription effectuée, l'on ne peut pas dire qui l'a requise ; et au cas où un commerçant peu scrupuleux aurait, dans l'intention de nuire à un concurrent et d'affecter son crédit, requis faussement une semblable inscription, il est certain de jouir de la plus complète impunité ; en même temps que le faux s'accomplit, l'indice susceptible de le faire découvrir disparaît, puisque l'original présenté à l'inscription est rendu au requérant.

Enfin les recherches sur le registre des inscriptions sont rendues fort difficiles : au cas où le fonds changerait de situation, aucune mesure légale n'assure le maintien des anciennes inscriptions sur la nouvelle situation du fonds, et comme, en l'absence d'un texte, l'effet utile de l'inscription prise dure aussi longtemps que la créance garantie, que par ailleurs, l'exigibilité de cette créance n'est pas indiquée dans le procès-verbal d'inscription, on voit sur quelle longue suite d'années doivent porter les recherches, et comment sont multipliées les chances d'erreurs. Une disposition limitant à 10 ans, sauf renouvellement, l'effet

utile des inscriptions, par analogie de l'article 2154, Code civil, nous paraîtrait assez utile.

En dernier lieu, et à un point de vue plus particulier, la loi nouvelle lèse des intérêts respectables. Cette loi impose aux greffiers des tribunaux consulaires de nouvelles obligations et surtout de nouvelles et très lourdes responsabilités : elles devraient trouver une contre-partie légitime dans un émolument proportionné : or, pour la réception du procès-verbal, le greffier reçoit 1 fr. 12 et pour la délivrance de l'expédition, si elle est requise. (2 rôles évalués) 4 fr. 20. Ces émoluments ne sont évidemment pas proportionnés aux responsabilités encourues. La loi du 1^{er} mars 1898 a fait des greffiers consulaires de véritables conservateurs des hypothèques commerciales, il semble logique de leur attribuer à raison de ces nouvelles fonctions un émolument sinon égal, au moins analogue à celui perçu par les conservateurs des hypothèques immobilières et par les receveurs principaux des douanes pour l'inscription des hypothèques sur navires.

Sur tous ces points, une réglementation complémentaire est absolument nécessaire ; la pratique l'a réclamée au lendemain même de la promulgation de la loi du 1^{er} mars 1898. Une Commission constituée au ministère de la Justice, prépare, paraît-il, en ce sens, un projet de loi d'initiative gouvernementale. Nous faisons des vœux pour le vote rapide de ce projet, qui poussera plus avant encore l'assimilation du fonds de commerce à la propriété foncière ou à la propriété des navires, et fera, dans tous les cas,

progresser dans la pratique le principe directeur de notre travail : *La nécessité d'une organisation légale de la propriété du fonds de commerce, considéré comme un élément précieux, stable et permanent du patrimoine.*

CONCLUSION

Le fonds de commerce était, hier encore, un organisme vivant d'une vie très active, mais cependant sans existence légale. Ce régime d'absolue liberté a été bon : il commence à devenir dangereux.

Le fonds de commerce, avec tous ses éléments, et aussi toutes ses qualités d'harmonieuse unité, de facile transmissibilité, le fonds de commerce est né, de lui-même, sous la poussée des nécessités économiques. Un siècle après l'affranchissement du travail par les lois du droit intermédiaire, le fonds de commerce incarne dans la formule d'une propriété indépendante et féconde, les résultats d'une liberté commerciale déjà centenaire. Mais il faut bien reconnaître que, dans son développement, le fonds de commerce a fait éclater les cadres trop étroits des classifications et des théories anciennes. Propriété incorporelle, et surtout propriété intellectuelle, il se présente plutôt comme un concept juridique, comme une « valeur » idéale, que sous les aspects matériels saisissables et tangibles, reconnus à la propriété par nos anciens civilistes.

Devenu un élément précieux des patrimoines, le fonds de commerce réunit souvent sous une même loi d'heureuse prospérité des meubles et des immeubles. En vérité éco-

nomique, il réalise ce qui, pour notre loi, est une absurdité : le rattachement, par voie d'accessoire, d'un immeuble à un meuble. Cette antinomie du fait et du droit doit disparaître : nous avons indiqué comment elle peut se faire ; la réforme en sera facile (1). Il semble, en effet, que notre droit obéisse à une loi de perfectionnement analogue à celle qui a mené les sciences exactes au degré où elles sont aujourd'hui. Après avoir raisonné, comme les sciences primitives, sur des quantités et des objets concrets classés d'après leurs caractères matériels, la loi est naturellement conduite à ne retenir, dans tous les objets qu'elle envisage, qu'un seul caractère, commun à tous, mais dont l'intensité varie : *la valeur*.

Dans cette appréciation de la valeur, la loi ne se guide d'abord que sur des caractères matériels : *Res incorporales, res corporales ; res quæ moveri possunt, vel non*. Aux époques de plus haute civilisation juridique, c'est à un autre critérium qu'elle s'attache : elle tend à distinguer, dans le patrimoine des individus, comme dans le patrimoine de l'humanité tout entière, le « capital fixe » du « capital circulant » ; critérium délicat, et qui ne peut résulter que de l'usage normalement le plus fécond du bien envisagé. Certains biens obéissent à une loi d'échange multiplié, répété, instantané ; ils ne sont que le vêtement passager de la richesse qui circule de patrimoine à patrimoine, et se transforme pour s'accroître. A ceux-là, la loi doit assu-

(1) V. *Suprà*. *Notion juridique*.

rer ce qui est la condition même de leur utilité : une transmission facile et définitive dès qu'elle est accomplie. D'autres, au contraire, sont des biens de prédilection, des biens qui ont une physionomie, une valeur personnelles. Chacun d'eux n'est semblable qu'à lui-même, il est l'hôte constant d'un patrimoine ; c'est un bien générateur d'autres biens, une source de profits, et aussi, par la valeur productive dont il répond pour l'avenir, une source de crédit. Il est normal que la loi assure à ces biens une transmission peut-être en fait un peu lente, mais entourée de formalités protectrices destinées à garantir la réalité des droits transmis :

Le fonds de commerce appartient évidemment à cette dernière classe de biens. Il doit en avoir tous les avantages. On doit pouvoir retracer ses avatars successifs, dire par quelles mains il a passé, quelles charges peuvent l'amoinvrir : il doit avoir *un état-civil* et une *situation hypothécaire*.

Quels procédés employer pour assurer ce double résultat ? Question secondaire, question de pratique législative, résolue déjà en d'autres pays dont l'exemple peut nous inspirer (1).

A notre avis, on ne doit soumettre au régime dont nous venons de tracer le principe que le seul fonds de commerce, qui, par un acte de transmission ou de concession de droits, prétend entrer dans la vie économique, et

(1) V. chap. II. *Notion juridique « La firme »*.

réaliser tout ou partie de sa valeur propre. Aussi longtemps que le fonds de commerce reste intact entre les mains de son fondateur, la loi peut, en un certain sens, ignorer son existence.

Mais quand le fonds est cédé, ou grevé d'une hypothèque, l'intérêt des tiers exige que cette propriété, ou cette sûreté, destinée à figurer longtemps au premier rang de leur patrimoine, ne leur soit transmise qu'avec d'absolues garanties. Nous concluons donc que l'inscription de la *firme* au tribunal de commerce, ne doit pas être ordonnée d'une façon générale. Il suffit qu'elle soit la condition nécessaire des ventes ou nantissements du fonds de commerce.

Mais ce qui est surtout indispensable, c'est que jamais le respect des vieilles distinctions ne brise l'unité du fonds de commerce : en vérité, il n'est ni meuble ni immeuble. Sa nature lui est propre, et il doit pouvoir renfermer, sous les mêmes conditions de droit, des meubles et des immeubles, sauf à prendre, en ce qui concerne chacun de ses composants en particulier, toutes les mesures de publicité nécessaires.

Il faut, en législation, qu'un acte unique puisse vendre, hypothéquer ou réaliser ce bien unique qu'est le fonds de commerce ; il faut que ces actes, en vertu de prescriptions également communes à tous les éléments du fonds, aient un effet général, opposable à tous.

Quelles seront ces prescriptions ? Les détails en échappent au plan de cette étude. Elles s'inspireront, au premier

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

	Pages
CHAPITRE I. — <i>Introduction historique.</i>	4
CHAPITRE II. — <i>Nature juridique du fonds de commerce.</i>	42
CHAPITRE III. — <i>Les éléments du fonds de commerce.</i>	34
Section I. — Le nom commercial	34
— II. — L'achalandage.	61
— III. — Le droit au bail	66
A. Obligations du preneur.	67
B. Obligations et droit du bailleur	96

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I. — <i>La vente</i>	99
Section I. — § 1 ^{er} . — Eléments de la vente	99
A. Consentement des parties	100
B. Capacité des parties.	101
C. Objet de la vente	117
D. Prix de la vente.	117
§ 2. — Obligations du vendeur	124
§ 3. — Obligations de l'acheteur.	145
Section II. — La constitution d'usufruit.	172
CHAPITRE II. — <i>Le nantissement</i>	178
CONCLUSION	214

Le Mans - Association ouvrière (BETROT, GURNET et cie), 5, rue du Porc-Epic.
